

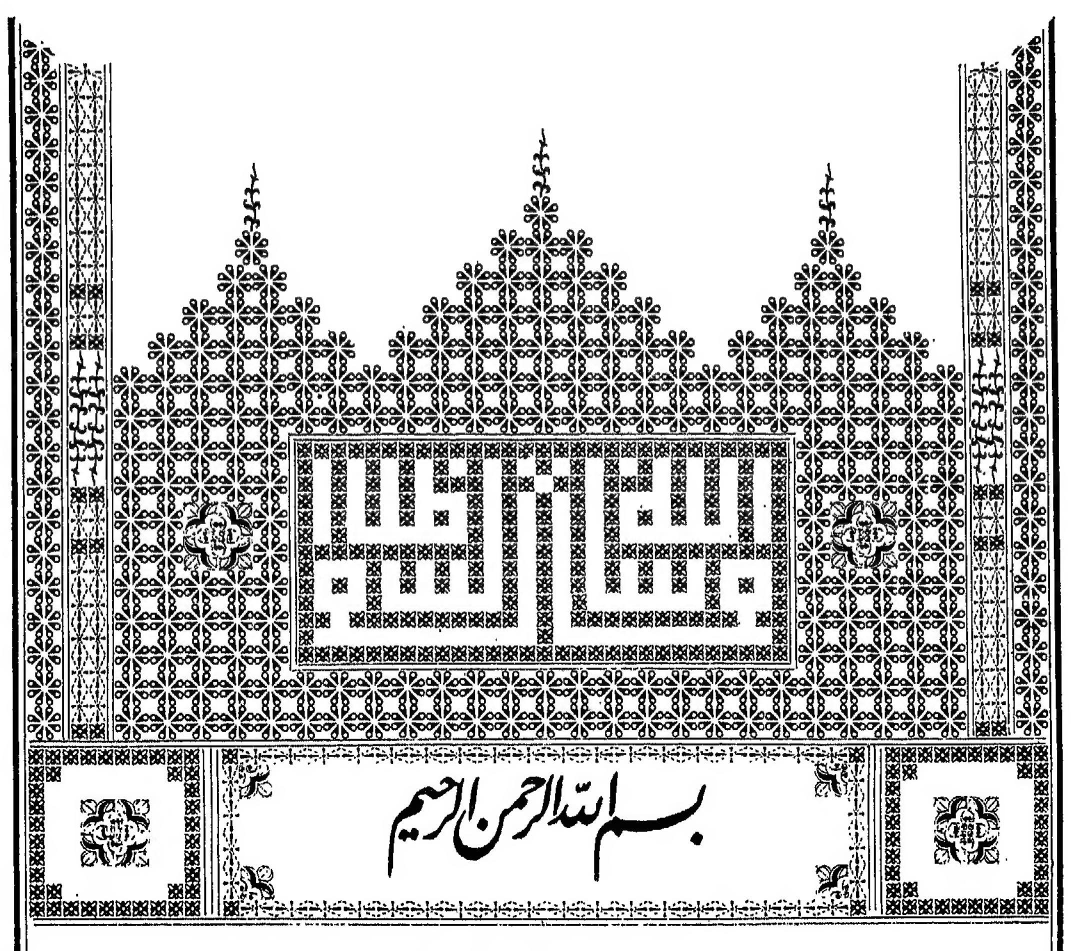
تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السابع

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



﴿ كتاب آداب القاضي ﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان فرضية نصب القاضي وفي بيان من يصلح للقضاء وفي بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء وفي بيان شرائط جواز القضاء وفي بيان آداب القضاء وفي بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الى قاض آخر وفي بيان ما يحله القاضي وما لا يحله وفي بيان حكم خطأ القاضي في القضاء وفي بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء (أما) الاول فنصب القاضي فرض لانه ينصب لاقامة أمر مفروض وهو القضاء قال الله سبحانه وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تبارك وتعالى لنبينا المكرم عليه أفضل الصلاة والسلام فاحكم بينهم بما أنزل الله والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل فكان نصب القاضي لاقامة الفرض فكان فرضا ضرورة ولان نصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق ولا عبرة بخلاف بعض القدرية لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ولمساس الحاجة اليه لتقيد الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التي لا تقوم الا بامام لما علم في أصول الكلام ومعلوم انه لا يمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج الى نائب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الآفاق قضاة فبعث سيدنا معاذا رضي الله عنه الى اليمن وبعث عتاب بن أسيد الى مكة فكان نصب القاضي من ضرورات نصب الامام فكان فرضا وقد سماه محمد فريضة محكمة لانه لا يحتمل النسخ لكونه من الاحكام التي عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلي لا يحتمل الانتساخ والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول الصلاحية للقضاء لها شرائط (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الاسلام (ومنها) الحرية (ومنها) البصر (ومنها) النطق (ومنها) السلامة عن حد القذف لما قلنا فى الشهادة فلا يجوز تقليد المجنون والصبي والكافر والعبد والاعمى والاخرس والمحدود فى القذف لان القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات وهؤلاء ليست لهم أهلية أدنى الولايات وهى الشهادة فلان لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد فى الجملة لان المرأة من أهل الشهادات فى الجملة الا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص لانه لا شهادة لها فى ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة (وأما) العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام فهل هو شرط جواز التقليد عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط الندب والاستحباب وعند أصحاب الحديث كونه عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد فى ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا فى الامام الاعظم وعندنا هذا ليس بشرط الجواز فى الامام الاعظم لانه يمكنه أن يقضى بعلم غيره بالرجوع الى فتوى غيره من العلماء فكذا فى القاضى لكن مع هذا لا ينبغى أن يقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضى بالباطل من حيث لا يشعر به وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال القضاة ثلاثة قاض فى الجنة وقاضيان فى النار رجل علم علما فقضى بما علم فهو فى الجنة ورجل علم علما فقضى بغير ما علم فهو فى النار ورجل جهل فقضى بالجهل فهو فى النار الا أنه لو قلد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائزا فى نفسه فاسدا لمعنى فى غيره والفاسد لمعنى فى غيره يصلح للحكم عندنا مثل الجائز حتى ينفذ قضاياه التى لم يجاوز فيها حد الشرع وهو كالبيع الفاسد انه مثل الجائز عندنا فى حق الحكم كذا هذا وكذا العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع وعند الشافعى رحمه الله شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضيا عنده بناء على أن الفاسق ليس من أهل الشهادة عنده فلا يكون من أهل القضاء وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء لكن لا ينبغى أن يقلد الفاسق لان القضاء أمانة عظيمة وهى أمانة الاموال والابضاع والنفوس فلا يقوم بوفائها الا من كمل ورعه وتم تقواه الا أنه مع هذا لو قلد جاز التقليد فى نفسه وصار قاضيا لان الفساد لمعنى فى غيره فلا يمنع جواز تقليده القضاء فى نفسه لما مر (وأما) ترك الطلب فليس بشرط لجواز التقليد بالاجماع فيجوز تقليد الطالب بلا خلاف لانه يقدر على القضاء بالحق لكن لا ينبغى أن يقلد لان الطالب يكون متهما وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال انا لا نولى أمرنا هذا من كان له طالبا وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وهذا اشارة الى أن الطالب لا يوفق لاصابة الحق والمجبر عليه يوفق وأما شرائط الفضيلة والكمال فهو أن يكون القاضى عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام قد بلغ فى علمه ذلك حد الاجتهاد عالما بمعاشرة الناس ومعاملتهم عدلا ورعا عفيفا عن التهمة صائن النفس عن الطمع لان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق فاذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر انه لا يقضى الا بالحق ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم لان التحكيم مشروع قال الله تعالى عز شأنه فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضى المقلد الا انهما يفترقان فى أشياء مخصوصة (منها) أن الحكم فى الحدود والقصاص لا يصح (ومنها) أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه واذا حكم صار لازما (ومنها) أنه اذا حكم فى فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الى القاضى ورأيه يخالف رأى الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه والفرق بين هذه الجملة يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء فنقول اذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد ينظر ان كان فى البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو فى سعة من القبول والترك (اما) جواز القبول فلان الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين قضوا بين الامم بانفسهم وقلدوا غيرهم وأمروا بذلك فقد بعث

رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضى الله عنه الى اليمن قاضيا و بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا وقلد النبي عليه الصلاة والسلام كثيرا من أصحابه رضى الله تعالى عنهم الاعمال و بعثهم اليها وكذا الخلفاء الراشدون قضوا بأنفسهم وقلدوا غيرهم فقلد سيدنا عمر رضى الله عنه شريحا القضاء وقرره سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله عنهما (وأما) جواز الترك فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لابى ذر رضى الله عنه اياك والامارة وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لاتتأمرن على اثنين وروى أن أباحنيفة رضى الله عنه عرض عليه القضاء فأبى حتى ضرب على ذلك ولم يقبل وكذا لم يقبله كثير من صالحى الامة وهذا معنى ماذكر فى الكتاب دخل فيه قوم صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون ثم اذا جاز الترك والقبول فى هذا الوجه اختلفوا فى أن القبول أفضل أم الترك قال بعضهم الترك أفضل وقال بعضهم القبول أفضل احتج الفريق الاول بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين وهذا يجرى مجرى الزجر عن تقلد القضاء احتج الفريق الآخر بصنع الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين وصنع الخلفاء الراشدين لان لنا فيهم قدوة ولان القضاء بالحق اذا أراد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة بل هو من أفضل العبادات قال النبي المكرم عليه أفضل التحية عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضى الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذى لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل اليها توفيقا بين الدلائل هذا اذا كان فى البلد عدد يصلحون للقضاء فأما اذا كان لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه لانه اذا لم يصلح له غيره تعين هو لاقامة هذه العبادة فصار فرض عين عليه الا أنه لابد من التقليد فاذا قلد افترض عليه القبول على وجه لو امتنع من القبول يأثم كما فى سائر فروض الاعيان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط القضاء فأنواع بعضها يرجع الى القاضى و بعضها يرجع الى نفس القضاء و بعضها يرجع الى المقضى له و بعضها يرجع الى المقضى عليه (أما) الذى يرجع الى القاضى فما ذكرنا من شرائط جواز تقليد القضاء لان من لا يصلح قاضيا لايجوز قضاؤه ضرورة (وأما) الذى يرجع الى نفس القضاء فأنواع منها أن يكون بحق وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة اما قطعا بان قام عليه دليل قطعى وهو النص المفسر من الكتاب الكريم أو الخبر المشهور والمتواتر والاجماع واما ظاهرا بان قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الرأى وأكثر الظن من ظواهر الكتاب الكريم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعى وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتى لارواية فى جوابها عن السلف بان لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم يجز لانه قضاء بالباطل قطعا وكذا لو قضى فى موضع الخلاف بما كان خارجا عن أقاويل الفقهاء كلهم لم يجز لان الحق لا يعدو أقاويلهم فالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاء باطلا قطعا وكذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر يخالفه من الكتاب الكريم والسنة لم يجز قضاؤه لان القياس فى مقابلة النص باطل سواء كان النص قطعيا أو ظاهرا وأما فيما لا نص فيه يخالفه ولا اجماع النقول لايخلو (اما) ان كان القاضى من اهل الاجتهاد (واما) ان لم يكن من أهل الاجتهاد فان كان من أهل الاجتهاد وأفضى رأيه الى شئ يجب عليه العمل به وان خالف رأى غيره ممن هو من أهل الاجتهاد والرأى ولا يجوز له أن يتبع رأى غيره لان ما أدى اليه اجتهاده هو الحق عند الله عز وجل ظاهرا فكان غيره باطلا ظاهرا الا ان الحق فى المجتهدات واحد والمجتهد يخطئ و يصيب عند أهل السنة والجماعة فى العقليات والشرعيات جميعا ولو أفضى رأيه الى شئ وهناك مجتهد آخر افقه منه له رأى آخر فأراد أن يعمل برأيه من غير النظر فيه وترجح رأيه بكونه افقه منه هل يسعه ذلك ذكر فى كتاب الحدود أن عند أبى حنيفة يسعه ذلك وعندهما لا يسعه الا أن يعمل برأى نفسه وذكر فى بعض الروايات هذا الاختلاف على العكس فقال على قول أبى حنيفة لا يسعه وعلى قولهما يسعه وهذا يرجع الى أن كون أحد المجتهدين أفقه من غير النظر فى رأيه هل يصلح مرجحا من قال يصلح مرجحا قال يسعه ومن قال

لا يصلح

لا يصلح قال يسعه (وجه) قول من لا يرى الترجيح بكونه أفقه أن الترجيح يكون بالدليل وكونه أفقه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح وهذا لا يصلح دليل الحكم بنفسه (وجه) قول من يرى به الترجيح أن هذا من جنس الدليل لان كونه أفقه يدل على أن اجتهاده اقرب الى الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح ان لم يصلح دليل الحكم بنفسه وأبدا يكون الترجيح بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه ولهذا قيل فى حده زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة لما علم فى أصول الفقه ولهذا أوجب أبو حنيفة رحمه الله تقليد الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم ورجحه على القياس لما أن قوله أقرب الى اصابة الحق من قول القائس كذا هذا وان أشكل عليه حكم الحادثة استعمل رأيه فى ذلك وعمل به والافضل أن يشاور أهل الفقه فى ذلك فان اختلفوا فى حكم الحادثة نظر فى ذلك فأخذ بما يؤدى الى الحق ظاهرا وان اتفقوا على رأى يخالف رأيه عمل برأى نفسه أيضاً لان المجتهد مأمور بالعمل بما يؤدى اليه اجتهاده فحرم عليه تقليد غيره لكن لا ينبغى أن يعجل بالقضاء مالم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق فاذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدى اليه اجتهاده ولا يكونن خائفاً فى اجتهاده بعد ما بذل مجهوده لاصابة الحق فلا يقولن انى أرى وانى أخاف لان الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق ويمنع من الاجتهاد فينبغى أن يكون جريئا جسوراً على الاجتهاد بعد ان لم يقصر فى طلب الحق حتى لو قضى مجازفا لم يصح قضاؤه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى وان كان من أهل الاجتهاد الا انه اذا كان لا يدرى حاله يحمل على أنه قضى برأيه ويحكم بالصحة حملا لامر المسلم على الصحة والسداد ما أمكن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا لم يكن من أهل الاجتهاد فان عرف أقاويل أصحابنا وحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتقد قوله حقا على التقليد وان لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه فى بلده من أصحابنا وان لم يكن فى البلد الا فقيه واحد من أصحابنا من قال يسعه أن يأخذ بقوله ونرجو أن لا يكون عليه شىء لانه اذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه مست الضرورة الى الاخذ بقوله قال الله تبارك وتعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم ذلك لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل عنده فى اعتقاده فلا ينفذ كما لو كان مجتهدا فترك رأى نفسه وقضى برأى مجتهد يرى رأيه باطلا فانه لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل فى اجتهاده كذا هذا ولو نسى القاضى مذهبه فقضى بشىء على ظن أنه مذهب نفسه ثم تبين أنه مذهب خصمه ذكر فى شرح الطحاوى أن له أن يبطله ولم يذكر الخلاف لانه اذا لم يكن مجتهدا تبين أنه قضى بما لا يعتقده حقا فتبين انه وقع باطلا كما لو قضى وهو يعلم أن ذلك مذهب خصمه وذكر فى أدب القاضى انه يصح قضاؤه عند أبى حنيفة وعندهما لا يصح لهما أن القاضى مقصر لانه يمكنه حفظ مذهب نفسه واذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور ولابى حنيفة ان النسيان غالب خصوصا عند تزاحم الحوادث فكان معذورا هذا اذا لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا كان من أهل الاجتهاد ينبغى أن يصح قضاؤه فى الحكم بالاجماع ولا يكون لقاض آخر ان يبطله لانه لا يصدق على النسيان بل يحمل على انه اجتهد فادى اجتهاده الى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح وان قضى فى حادثة وهى محل الاجتهاد برأيه ثم رفعت اليه ثانياً فتحول رأيه يعمل بالرأى الثانى ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأى الاول لان القضاء بالرأى الاول قضاء مجمع على جوازه لاتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضى أن يقضى فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاده فكان هذا قضاء متفقا على صحته ولا اتفاق على صحة هذا الرأى الثانى فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف ولهذا لا يجوز لقاضى آخر ان يبطل هذا القضاء كذا هذا وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قضى فى حادثة ثم قضى فيها بخلاف تلك القضية فسئل فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ولو رفعت اليه ثالثا فتحول رأيه الى الاول يعمل به ولا يبطل قضاؤه بالرأى الثانى بالعمل بالرأى الاول كما لا يبطل قضاؤه الاول بالعمل بالرأى الثانى لما قلنا ولو أن فقيها قال لامرأته أنت طالق البتة ومن رأيه انه بائن فامضى رأيه فيما بينه و بين امرأته وعزم على

انها قد حرمت عليه ثم تحول رأيه الى انها تطليقة واحدة يملك الرجعة فانه يعمل برأيه الاول فى حق هذه المرأة وتحرم عليه وانما يعمل برأيه الثانى فى المستقبل فى حقها وفى حق غيرها لان الاول رأى امضاه بالاجتهاد وما امضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله وكذلك لو كان رأيه انها واحدة يملك الرجعة فعزم على انها منكوحة ثم تحول رأيه الى انه بائن فانه يعمل برأيه الاول ولا تحرم عليه لما قلنا ولو لم يكن عزم على الحرمة فى الفصل الاول حتى تحول رأيه الى الحل لا تحرم عليه وكذا فى الفصل الثانى لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رأيه الى الحرمة تحرم عليه لان نفس الاجتهاد محل النقض ما لم يتصل به الامضاء واتصال الامضاء بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء يمنع من النقض فكذا اتصال الامضاء وكذلك الرجل اذا لم يكن فقيها فاستفتى فقيها فافتاه بحلال أو حرام ولو لم يكن عزم على ذلك حتى أفتاه فقيه آخر بخلافه فأخذ بقوله وأمضاه فى منكوحته لم يجز له ان يترك ما أمضاه فيه و يرجع الى ما أفتاه به الاول لان العمل بما أمضى واجب لا يجوز نقضه مجتهدا كان أو مقلدا لان المقلد متعبد بالتقليد كما ان المجتهد متعبد بالاجتهاد ثم لم يجز للمجتهد نقض ما أمضاه فكذا لا يجوز ذلك للمقلد ثم ماذكرنا من نفاذ قضاء القاضى فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاده اذا لم يكن المقضى عليه والمقضى له من أهل الرأى والاجتهاد وكانا من أهل الرأى والاجتهاد ولكن لم يخالف رأيهما رأى القاضى فاما اذا كانا من أهل الاجتهاد وخالف رأيهما رأى القاضى فجملة الكلام فيه ان قضاء القاضى ينفذ على المقضى عليه فى محل الاجتهاد سواء كان المقضى عليه عاميا مقلدا أو فقيها مجتهدا يخالف رأيه رأى القاضى بلا خلاف اما اذا كان مقلدا فظاهر لان العامى يلزمه تقليد المفتى فتقليد القاضى أولى وكذا اذا كان مجتهدا لان القضاء فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاد القاضى قضاء مجمع على صحته على مامر ولا معنى للصحة الا النفاذ على المقضى عليه وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه واحدة يملك الرجعة و رأى القاضى انه بائن فرافعته المرأة الى القاضى فقضى بالبينونة ينفذ قضاؤه بالاتفاق لما قلنا واما قضاؤه للمقضى له بما يخالف رأيه هل ينفذ قال أبو يوسف لا ينفذ وقال محمد ينفذ وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه بائن ورأى القاضى انه واحدة يملك الرجعة فرافعته الى القاضى فقضى بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند أبى يوسف وعند محمد يحل له (وجه) قول محمد ماذكرنا ان هذا قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه فى فصل مجتهد فيه فينفذ على المقضى عليه والمقضى له لان القضاء له تعلق بهما جميعا ألا ترى انه لا يصح الا بمطالبة المقضى له ولابى يوسف ان صحة القضاء انفاذه فى محل الاجتهاد يظهر أثره فى حق المقضى عليه لا فى حق المقضى له لان المقضى عليه مجبور فى القضاء عليه فاما المقضى له فمختار فى القضاء له فلو اتبع رأى القاضى انما يتبعه تقليدا وكونه مجتهدا يمنع من التقليد فيجب العمل برأى نفسه وعلى هذا كل تحليل أو تحريم أو اعتاق أو أخذ مال اذا قضى القاضى بما يخالف رأى المقضى عليه أو له فهو على ماذكرنا من الاتفاق والاختلاف وكذلك المقلد اذا أفتاه انسان فى حادثة ثم رفعت الى القاضى فقضى بخلاف رأى المفتى فانه يأخذ بقضاء القاضى و يترك رأى المفتى لان رأى المفتى يصير متروكا بقضاء القاضى فما ظنك بالمقلد ولم يذكر القدورى رحمه الله الخلاف فى هذا الفصل وذكره شيخنا رحمه الله وسننظر فيه فيما يأتى ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج القضاء بالبينة لان البينة العادلة مظهرة للمدعى فكان القضاء بالحق وعلى هذا يخرج القضاء بالاقرار لان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا هذا هو الظاهر فكان القضاء به قضاء بالحق وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول لان النكول على أصل أصحابنا بذل أو اقرار وكل ذلك دليل صدق المدعى فى دعواه لما علم فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق وعلى هذا يخرج قضاء القاضى بعلم نفسه فى الجملة فنقول تفصيل الكلام فيه انه لا يخلو اما ان قضى بعلم استفاده فى زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذى قلد قضاءه واما ان قضى بعلم استفاده قبل زمان القضاء وفى غير مكانه واما ان قضى بعلم استفاده بعد زمان القضاء فى غير مكانه فان قضى بعلم استفاده فى زمن القضاء وفى مكانه بان سمع رجلا أقر لرجل بمال أو سمعه يطلق امرأته أو يعتق عبده أو يقذف

رجلا أو رآه يقتل انسانا وهو قاض فى البلد الذى قلد قضاءها جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به فى الحدود الخالصة بلا خلاف بين أصحابنا الا ان فى السرقة يقضى بالمال لا بالقطع وللشافعى فيه قولان فى قول لا يجوز له ان يقضى به فى الكل وفى قول يجوز فى الكل (وجه) قوله الاول ان القاضى مأمور بالقضاء بالبينة ولو جاز له القضاء بعلمه لم يبق مأمورا بالقضاء بالبينة وهذا المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها (وجه) قوله الثانى أن المقصود من البينة العلم بحكم الحادثة وقد علم وهذا لا يوجب الفصل بين الحدود وغيرها لان علمه لا يختلف (ولنا) انه جاز له القضاء بالبينة فيجوز القضاء بعلمه بطريق الاولى وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لان الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى وأكثر الظن والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى الا انه لا يقضى به فى الحدود الخالصة لان الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ولان الحجة فى وضع الشئ هى البينة التى تتكلم بها ومعنى البينة وان وجد فقد فاتت صورتها وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات بخلاف القصاص فانه حق العبد وحقوق العباد لا يحتاط فى اسقاطها وكذا حد القذف لان فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بشبهة فوات الصورة هذا اذا قضى بعلم استفاده فى زمن القضاء ومكانه فاما اذا قضى بعلم استفاده فى غير زمن القضاء ومكانه أو فى زمان القضاء فى غير مكانه وذلك قبل ان يصل الى البلد الذى ولى قضاءه فانه لا يجوز عند أبى حنيفة أصلا وعندهما يجوز فيما سوى الحدود الخالصة فاما فى الحدود الخالصة فلا يجوز وجه قولهما انه لما جاز له ان يقضى بالعلم المستفاد فى زمن القضاء جاز له ان يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء لان العلم فى الحالين على حد واحد الا ان ههنا استدام العلم الذى كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله وهناك حدث له علم لم يكن وهما سواء فى المعنى الا انه لم يقض به فى الحدود الخالصة لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة والشبهة تؤثر فى الحدود الخالصة ولا تؤثر فى حقوق العباد على ما مر ولابى حنيفة الفرق بين العلمين وهو أن العلم الحادث له فى زمن القضاء علم فى وقت هو مكلف فيه بالقضاء فاشبه البينة القائمة فيه والعلم الحاصل فى غير زمان القضاء علم فى وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فاشبه البينة القائمة فيه وهذا لان الاصل فى صحة القضاء هو البينة الا ان غيرها قد يلحق بها اذا كان فى معناها والعلم الحادث فى زمان القضاء فى معنى البينة يكون حادثا فى وقت هو مكلف بالقضاء فكان فى معنى البينة والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول الى مكانه حاصل فى وقت هو غير مكلف بالقضاء فلم يكن فى معنى البينة فلم يجز القضاء به فهو الفرق بين العلمين وعلى هذا يخرج القضاء بكتاب القاضى فنقول لقبول الكتاب من القاضى شرائط منها البينة على انه كتابه فتشهد الشهود على ان هذا كتاب فلان القاضى ويذكروا اسمه ونسبه لانه لا يعرف انه كتابه بدونه ومنها ان يكون الكتاب مختوما ويشهدوا على ان هذا ختمه لصيانته عن الخلل فيه ومنها ان يشهدوا بما فى الكتاب بان يقولوا انه قرأه عليهم مع الشهادة بالختم وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا بالكتاب والخاتم تقبل وان لم يشهدوا بما فى الكتاب وكذا اذا شهدوا بالكتاب وبما فى جوفه تقبل وان لم يشهدوا بالخاتم بان قالوا لم يشهدنا على الخاتم أو لم يكن الكتاب مختوما أصلا لابى يوسف ان المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضى المكتوب اليه بان هذا كتاب فلان القاضى وهذا يحصل بما ذكرنا ولهما ان العلم بانه كتاب فلان لا يحصل الا بالعلم بما فيه ولابد من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود به ومنها ان يكون بين القاضى المكتوب اليه وبين القاضى الكاتب مسيرة سفر فان كان دونه لم تقبل لان القضاء بكتاب القاضى أمر جوز لحاجة الناس بطريق الرخصة لانه قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر لكن جوز للضرورة ولا ضرورة فيما دون مسيرة السفر ومنها ان يكون فى الدين والعين التى لا حاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة كالدور والعقار واما فى الاعيان التى تقع الحاجة الى الاشارة اليها كالمنقول من الحيوان والعروض لا تقبل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع وقال تقبل في العبد خاصة اذا أبق وأخذ في بلد فأقام صاحبه البينة عند قاضي بلده ان عبده أخذه فلان في بلد كذا فشهد الشهود على الملك أو على صفة العبد وحليته فانه يكتب الى قاضي البلد الذي العبد فيه انه قد شهد الشهود عندي ان عبدا صفته وحليته كذا وكذا ملك فلان أخذه فلان بن فلان ينسب كل واحد منهما الى أبيه والى جده على رسم كتاب القاضي الى القاضي واذا وصل الى القاضي المكتوب اليه وعلم انه كتابه بشهادة الشهود يسلم العبد اليه ويختم في عنقه ويأخذ منه كفيلا ثم يبعث به الى القاضي الكاتب حتى يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الاشارة اليه ثم يكتب القاضي الكاتب له كتابا آخر الى ذلك القاضي المكتوب اليه أول مرة فاذا علم انه كتابه قبله وقضى وسلم العبد الى الذي جاء بالكتاب وابرأ كفيله ولا يقبل في الجارية بالاجماع وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الحاجة الى قبول كتاب القاضي في العبد متحققة لعموم البلوى به فلو لم يقبل لضاق الامر على الناس ولضاعت أموالهم ولا حاجة اليه في الامة لانها لا تهرب عادة لعجزها وضعف بنيتها وقلبها ولهما أن الشهادة لا تقبل الا على معلوم للآية الكريمة الا من شهد بالحق وهم يعلمون والمنقول لا يصير معلوما الا بالاشارة اليه والاشارة الى الغائب محال فلم تصح شهادة الشهود ولا دعوى المدعي لجهالة المدعى فلا يقبل الكتاب فيه ولهذا لم يقبل في الجارية وفي سائر المنقولات بخلاف العقار لانه يصير معلوما بالتحديد وبخلاف الدين لان الدين يصير معلوما بالوصف وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الكل وقضاة زماننا يعملون بمذهبه لحاجة الناس وينبغي للقاضي المرسل اليه أن لا يفك الكتاب الا بمحضر من الخصم ليكون أبعد من التهمة ومنها أن لا يكون في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وانه لا تقبل فيهما كذا هذا ومنها ان يكون اسم المكتوب له وعليه واسم ابيه وجده وفخذه مكتوبا في الكتاب حتى لو نسبه الى أبيه ولم يذكر اسم جده أو نسبه الى قبيلة كبني تميم ونحوه لا يقبل لان التعريف لا يحصل به الا ان يكون شيأ ظاهرا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل لحصول التعريف ومنها ذكر الحدود في الدور والعقار لان التعريف في المحدود لا يصح الا بذكر الحدود ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله لا يقبل ما لم يشهدوا على الحدود الاربعة ولو شهدوا على حدين لا تقبل بالاجماع واذا كانت الدار مشهورة كدار الامير وغيره لا تقبل عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما تقبل وهذه من مسائل الشروط ومنها أن يكون القاضي الكاتب على قضائه عند وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه حتى لو مات أو عزل قبل الوصول اليه لم يعمل به ولو مات بعد وصول الكتاب اليه جاز له ان يقضي به ومنها أن يكون القاضي المكتوب اليه على قضائه حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب اليه ثم وصل الى القاضي الذي ولي مكانه لم يعمل به لانه لم يكتب اليه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل فان كان من أهل البغي لم يعمل به قاضي أهل العدل بل يرده كبتا وغيظا لهم ومنها أن يكون لله سبحانه وتعالى خالصا لان القضاء عبادة والعبادة اخلاص العمل بكليته لله عز وجل فلا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان القضاء له قضاء لنفسه من وجه فلم يخلص لله سبحانه وتعالى وكذا اذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاؤه في تلك الحادثة وان قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة لانه اذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح (وأما) الذي يرجع الى المقضي له فانواع منها أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي فان كان ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاء القاضي له لما قلنا والله تعالى الموفق ومنها أن يكون حاضرا وقت القضاء فان كان غائبا لم يجز القضاء له الا اذا كان عنه خصم حاضر لان القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب أيضا لا يجوز ومنها طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد لان القضاء وسيلة الى حقه فكان حقه وحق الانسان لا يستوفى الا بطلبه (وأما) الذي يرجع الى المقضي عليه فحضرته حتى لا يجوز القضاء على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس

بشرط

بشرط والمسئلة ذكرت في كتاب الدعوى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما آداب القضاء فكثيرة والاصل فيها كتاب سيدنا عمر رضى الله عنه الى أبي موسى الاشعرى رحمه الله سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا أدلى اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له آس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك وفي رواية ولا يخاف ضعيف جورك البينة على المدعى واليمين على من أنكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التمادى في الباطل الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك فاعمد الى أحبها وأقربها الى الله تبارك وتعالى وأشبهها بالحق اجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه فاذا أحضر بينة أخذ بحقه والا وجب القضاء عليه وفي رواية وان عجز عنها استحللت عليه القضاء فان ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف أو ظنينا في ولاء أو قرابة أو مجربا عليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السر وفي رواية السرائر ودرأ عنكم بالبينات اياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس للخصوم في مواطن الحق الذى يوجب الله سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وأن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شانه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان خالصا فما ظنك بثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام ومنها أن يكون القاضى فهما عند الخصومة فيجعل فهمه وسمعه وقلبه الى كلام الخصمين لقول سيدنا عمر رضى الله عنه في كتاب السياسة فافهم اذا أولى اليك ولان من الجائز أن يكون الحق مع أحد الخصمين فاذا لم يفهم القاضى كلامهما يضيع الحق وذلك قوله رضى الله عنه فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ومنها أن لا يكون قلقا وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضى الله عنه اياك والقلق وهذا ندب الى السكون والتثبيت ومنها أن لا يكون ضجرا عند القضاء اذا اجتمع عليه الامور فضاق صدره لقوله رضى الله عنه اياك والضجر ومنها أن لا يكون غضبان وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضى الله عنه اياك والغضب وقال عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى وهو غضبان ولانه يدهشه عن التأمل ومنها أن لا يكون جائعا ولا عطشان ولا ممتلئا لان هذه العوارض من القلق والضجر والغضب والجوع والعطش والامتلاء مما يشغله عن الحق ومنها أن لا يقضى وهو يمشى على الارض أو يسير على الدابة لان المشى والسير يشغلانه عن النظر والتأمل في كلام الخصمين ولا بأس بأن يقضى وهو متكئ لان الاتكاء لا يقدح في التأمل والنظر ومنها أن يسوى بين الخصمين في الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره لانه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما في مجلسه وكذا لا يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا على اليسار وقد روى أن عمر وأبي بن كعب رضى الله عنهما اختصما في حادثة الى زيد بن ثابت فألقى لسيدنا عمر رضى الله عنه وسادة فقال سيدنا عمر رضى الله عنه هذا أول جورك وجلس بين يديه ومنها أن يسوى بينهما في النظر والنطق والخلوة فلا ينطلق بوجهه الى أحدهما ولا يسار أحدهما ولا يومئ الى أحدهما بشئ دون خصمه ولا يرفع صوته على أحدهما ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر ولا يخلو بأحد في منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين في هذا كله لما في ترك العدل فيه من كسر قلب الآخر ويتهم القاضى به أيضا ومنها أن لا يقبل الهدية من أحدهما الا اذا كان لا يلحقه به تهمة وجملة الكلام فيه أن المهدى لا يخلو اما أن يكون رجلا كان يهدى اليه قبل تقليد القضاء واما ان كان لا يهدى اليه فان كان لا يهدى اليه فاما ان كان قريبا له أو أجنبيا فان كان قريبا له ينظر ان كان له خصومة في الحال فانه لا يقبل لانه يلحقه التهمة وان كان لا خصومة له في الحال يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أجنبيا

لا يقبل سواء كان له خصومة فى الحال أولا لانه ان كان له خصومة فى الحال كان بمعنى الرشوة وان لم يكن فربما يكون له خصومة فى الحال يأتى بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال هذا اذا كان الرجل لا يهدى اليه قبل تقليد القضاء فاما اذا كان يهدى اليه فان كان له فى الحال خصومة لا تقبل لانه يتهم فيه وان كان لا خصومة له فى الحال ينظر ان كان اهدى مثل ما كان يهدى أو أقل يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه وان قبل كان لبيت المال وان لم يقبل بحال حتى انقضت الخصومة ثم قبلها لا بأس به ومنها أن لا يجيب الدعوة الخاصة بان كانوا خمسة أو عشرة لانه لا يخلو من التهمة الا اذا كان صاحب الدعوة ممن كان يتخذ له الدعوة قبل القضاء أو كان بينه و بين القاضى قرابة فلا بأس بأن يحضر اذا لم يكن له خصومة لانعدام التهمة فان عرف القاضى له خصومة لم يحضرها وأما الدعوة العامة فان كانت بدعة كدعوة المباراة ونحوها لا يحل له أن يحضرها لانه لا يحل لغير القاضى اجابتها فالقاضى أولى وان كانت سنة كوليمة العرس والختان فانه يجيبها لانه اجابة السنة ولا تهمة فيه ومنها أن لا يلقن أحد الخصمين حجته لان فيه مكسرة قلب الآخر ولان فيه اعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة غير انه ان تكلم أحدهما أسكت الآخر ليفهم كلامه ومنها أن لا يلقن الشاهد بل يتركه يشهد بما عنده فان أوجب الشرع قبوله قبله والا رده وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال لا بأس بتلقين الشاهد بأن يقول أتشهد بكذا وكذا وجه قوله أن من الجائز أن الشاهد يلحقه الحصر لمهابة مجلس القضاء فيعجزه عن اقامة الحجة فكان التلقين تقويما للحجة ثابتة فلا بأس به ولهما أن القاضى يتهم بتلقين الشاهد فيتحرج عنه ومنها أن لا يعبث بالشهود لان ذلك يشوش عليهم عقولهم فلا يمكنهم اداء الشهادة على وجهها واذا اتهم الشهود فلا بأس بأن يفرقهم عند اداء الشهادة فيسألهم أين كان ومتى كان فان اختلفوا اختلافا يوجب رد الشهادة ردها والا فلا و يشهد القاضى الجنازة لان ذلك حق الميت على المسلمين فلم يكن متهما فى اداء سنة فيحضرها الا اذا اجتمعت الجنائز على وجه لو حضرها كلها الشغله ذلك عن أمور المسلمين فلا بأس أن لا يشهد لان القضاء فرض عين وصلاة الجنازة فرض كفاية فكان اقامة فرض العين عند تعذر الجمع بينهما أولى و يعود المريض ايضا لان ذلك حق المسلمين على المسلمين فلا يلحقه التهمة باقامته و يسلم على الخصوم اذا دخلوا المحكمة لان السلام من سنة الاسلام وكان شريح يسلم على الخصوم لكن لا يخص أحد الخصمين بالتسليم عليه دون الآخر وهذا قبل جلوسه فى مجلس الحكم فاما اذا جلس لا يسلم عليهم ولا هم يسلمون عليه اما هو فلا يسلم عليهم لان السنة أن يسلم القائم على القاعد لا القاعد على القائم وهو قاعد وهم قيام وأماهم فلا يسلمون عليه لانهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد لانه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال كذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى فى رجل يقرأ القرآن فدخل عليه آخر انه لا ينبغى له أن يسلم عليه ولو سلم عليه لا يلزمه الجواب وكذا المدرس اذا جلس للتدريس لا ينبغى لاحد أن يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا بخلاف الامير اذا جلس فدخل عليه الناس انهم يسلمون عليه وهو السنة وان كان سلاطين زماننا يكرهون التسليم عليهم وهو خطأ منهم لانهم جلسوا للزيارة ومن سنة الزائر التسليم على من دخل عليه وأما القاضى فانما جلس للعبادة لا للزيارة فلا يسن التسليم عليه ولا يلزمه الجواب ان سلموا لكن لو أجاب جاز ومنها أن يسأل القاضى عن حال الشهود فيما سوى الحدود والقصاص وان لم يطعن الخصم وهو من آداب القاضى عند أبى حنيفة رحمه الله لان القضاء بظاهر العدالة وان كان جائزا عنده فلا شك ان القضاء بالعدالة الحقيقية أفضل وأما عندهما فهو من واجبات القضاء وكذا اذا طعن الخصم عنده فى غير الحدود والقصاص وفى الحدود والقصاص طعن أو لم يطعن ثم القضاة من السلف كانوا يسألون بأنفسهم عن حال الشهود من أهل محلتهم وأهل سوقهم وان كان الشاهد سوقيا ممن هو أتقى الناس وأورعهم وأعظمهم أمانة وأعرفهم بأحوال الناس ظاهرا و باطنا والقضاة فى زماننا نصبوا للعدل تيسيرا للامر عليهم لما يتعذر على القاضى طلب المعدل فى كل شاهد فاستحسنوا نصب العدل ثم نقول للتعديل شرائط بعضها يرجع الى نفس العدل و بعضها يرجع الى فعل

التعديل

التعديل أما الاول فأنواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الاسلام فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر لان التزكية ان كانت تجري مجرى الشهادة فهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التزكية وان كانت من باب الاخبار عن الديانات فخبرهم في الديانات غير مقبول لانه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة لهؤلاء ومنها العدالة لان من لا يكون عدلا في نفسه كيف يعدل غيره وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكنه شرط الفضيلة والكمال وعند محمد شرط الجواز وجه قوله أن التزكية في معنى الشهادة لانه خبر عن أمر غاب عن علم القاضي وهذا معنى الشهادة فيشترط لها نصاب الشهادة ولهما أن التزكية ليست بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم فيها العدد على أن شرط العدد في الشهادات ثبت نصاً غير معقول المعنى فيما يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيما وراءه وعلى هذا الخلاف العدد في الترجمان وحامل المنشور أنه ليس بشرط عندهما وعنده شرط وعلى هذا الخلاف حرية المعدل وبصره وسلامته عن حد القذف انه ليس بشرط عندهما فتصح تزكية الاعمى والعبد والمحدود في القذف وعند محمد شرط فلا تصح تزكيتهم لان التزكية شهادة عنده فيشترط لها ما يشترط لسائر الشهادات وعندهما ليست بشهادة فلا يراعى فيها شرائط الشهادة لما قلنا وأما الذكورة فليست بشرط لجواز التزكية فتجوز تزكية المرأة اذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم وهذا ظاهر الرواية على أصلهما لان هذا من باب الاخبار عن الديانات وهي من أهله وأما عند محمد فتقبل تزكيتها فيما تقبل شهادتها فتصح تزكيتها فيما يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وتجوز تزكية الولد للوالد والوالد للولد وكل ذي رحم محرم منه لانه لا حق للعدل في التعديل انما هو حق المدعي فلا يوجب تهمة فيه وهذا يشكل على أصل محمد لانه يجري التعديل مجرى الشهادة وشهادة الوالد لولده وعكسه لا تقبل ومنها أن لا يكون المزكي مشهودا عليه فان كان لم تعتبر تزكيته ويجب السؤال وهذا تفريع على مذهب أبي يوسف ومحمد فيما سوى الحدود والقصاص بناء على أن المسئلة ما وجبت حقاً للمشهود عليه عندهما وانما وجبت حقاً للشرع وحق الشرع لا يتأدى بتعديله لان في زعم المدعي والشهود أنه كاذب في انكاره فلا يصح تعديله وعند أبي حنيفة السؤال فيما سوى الحدود والقصاص حق المشهود عليه وحق الانسان لا يطلب الا بطلبه فما لم يطعن لا يتحقق الطلب فلا تجب المسئلة وذكر في كتاب التزكية أن المشهود عليه اذا قال للشاهد هو عدل لا يكتفى به ما لم ينضم اليه آخر على قول محمد فصار عن محمد روايتان في رواية لا تعتبر أصلا وفي رواية يقبل تعديله اذا انضم اليه غيره وأما الثاني الذي يرجع الى فعل التعديل فهو أن يقول المعدل في التعديل هو عدل جائز الشهادة حتى لو قال هو عدل ولم يقل جائز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز أن يكون الانسان عدلا في نفسه ولا تجوز شهادته كالمحدود في القذف اذا تاب وصلح والعبد الصالح وكذلك اذا قال في الرد هو ليس بعدل لا يرد ما لم يقل هو غير جائز الشهادة لان غير العدل وهو الفاسق تجوز شهادته اذا تحرى القاضي الصدق في شهادته ولو قضى به القاضي ينفذ ومنها أن يسأل المعدل في السر أولا فان وجده عدلا يعدله في العلانية أيضاً ويجمع بين المزكي والشهود بين المدعي والمدعى عليه في تعديل العلانية وان لم يجده عدلا يقول للمدعي زد في شهودك ولا يكشف عن حال المجروح ستراً على المسلم ولا يكتفى بتعديل السر خوفا من الاحتيال والتزوير بان يسمى غير العدل باسم العدل فكان الادب هو التزكية في العلانية بعد التزكية في السر ولو اختلف المعدلان فعدله أحدهما وجرحه الآخر سأل القاضي غيرهما فان عدله آخر أخذ بالتزكية وان جرحه آخر أخذ بالجرح لان خبر الاثنين أولى من خبر الواحد بالقبول لانه حجة مطلقة وان انضم الى كل واحد منهما رجل آخر فعدله اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح لان الجارح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبني الامر على الظاهر لان الظاهر من حال الانسان ان يظهر الصلاح ويكتم الفسق فكان قبول قول الجارح أولى كذلك لو جرحه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر يعمل بقول الجارح لان الترجيح لا يقع بكثرة العدد في باب الشهادة ومنها أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجهله

من الاحكام وقد ندب الله سبحانه رسوله عليه الصلاة والسلام الى المشاورة بقوله وشاورهم فى الامر مع انفتاح باب الوحى فغيره أولى وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال ما رأيت أحداً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر مشاورة لاصحابه منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لسيدنا أبى بكر وسيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما قولا فانى فيما لم يوح الى مثلكما ولان المشاورة فى طلب الحق من باب المجاهدة فى الله عز وجل فيكون سبباً للوصول الى سبيل الرشاد قال الله عز وجل والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وينبغى أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لئلا يضن بما عنده من الحق والصواب بل يهديه الى ذلك اذا رفع اليه ولا ينبغى ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يتهمونه بالجهل ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم أو يكتب فى رقعة فيدفع اليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان هذا اذا كان القاضى لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم فان كان لا يجلسهم فان أشكل عليه شئ من أحكام الحوادث بعث اليهم وسألهم ومنها أن يكون له جلواز وهو المسمى بصاحب المجلس فى عرف ديارنا يقوم على رأس القاضى لتهذيب المجلس وبيده سوط يؤدب به المنافق وينذر به المؤمن وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسك بيده سوطاً ينذر به المؤمن ويؤدب به المنافق وكان سيدنا أبو بكر رضى الله عنه يمسك سوطاً وسيدنا عمر رضى الله عنه اتخذ درة ومنها أن يكون له أعوان يستحضرون الخصوم ويقومون بين يديه اجلالا له ليكون مجلساً مهيباً ويذعن المتمرد للحق وهذا فى زماننا فاما فى زمان الصحابة والتابعين رضى الله عنهم فما كان تقع الحاجة الى أمثال ذلك لانهم كانوا ينظرون الى الامراء والقضاة بعين التبجيل والتعظيم ويخافونهم وينقادون للحق بدون ذلك فقد روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يقضى فى المسجد فاذا فرغ استلقى على قفاه وتوسد بالحصى وما كان ينقص ذلك من حرمته وروى أنه لبس قميصاً فازدادت أكمامه عن أصابعه فدعا بالشفرة فقطعهما وكان لا يكفهما أياما وكانت الاطراف متعلقة منها والناس يهابونه غاية المهابة فاما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس فهان العلم وأهله فوقعت الحاجة الى هذه التكليفات للتوسل الى احياء الحق وانصاف المظلوم من الظالم ومنها أن يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضى لغته من المدعى والمدعى عليه والشهود والكلام فى عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام فى عدد المزكى وصفاته كما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن يتخذ كاتباً لانه يحتاج الى محافظة الدعاوى والبينات والاقرارات لا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج الى كاتب يستعين به وينبغى أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة وله معرفة بالفقه أما العفة والصلاح فلان هذا من باب الامانة والامانة لا يؤديها الا العفيف الصالح وأما أهلية الشهادة فلان القاضى قد يحتاج الى شهادته وأما معرفته بالفقه فلانه يحتاج الى الاختصار والحذف من كلام الخصمين والنقل من لغة ولا يقدر على ذلك الا من له معرفة بالفقه فان لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين كما سمعه ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً لان تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك وينبغى ان يقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع فان ذلك أقرب الى الاحتياط ثم فى عرف بلادنا يقدم كتابة الدعوى على الدعوى فيكتب دعوى المدعى ويترك موضع التاريخ بياضاً لجواز ان تتخلف الدعوى عن وقت الكتابة ويترك موضع الجواب أيضا بياضا لانه لا يدرى ان المدعى عليه يقر أو ينكر ويكتب أسماء الشهود ان كان للمدعى شهود ويترك بين كل شاهدين بياضا ليكتب القاضى التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوى الكاتب الكتاب ويختمه ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان فى شهر كذا فى سنة كذا ويجعله فى قمطرة وينبغى ان يجعل لخصومات كل شهر قمطرا على حدة ليكون أبصر بذلك ثم يكتب القاضى فى ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكاتب بين يديه فيبعثها الى المعدل سرا وهى المسماة بالمستورة فى عرف ديارنا والافضل أن

يبعث على يدى عدلين وان بعث على يدى عدل فهو على الاختلاف الذى ذكرنا والله سبحانه أعلم (ومنها) أن يقدم الخصوم على مراتبهم فى الحضور الاول فالاول لقوله عليه الصلاة والسلام المباح لمن سبق اليه وان اشتبه عليه حالهم استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعته الا الغرباء اذا خاصموا بعض أهل المصر اليه أو خاصم بعضهم بعضا أو خاصمهم بعض أهل المصر فانه يقدمهم فى الخصومة على أهل المصر لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال قدم الغريب فانك اذا لم ترفع به رأسا ذهب وضاع حقه فتكون أنت الذى ضيعته ندب رضى الله عنه الى تقديم الغريب ونبه على المعنى لانه لا يمكنه الانتظار فكان تأخيره فى الخصومة تضييعا لحقه الا اذا كانوا كثيرا بحيث يشتغل القاضى عن أهل المصر فيخلطهم باهل المصر لان تقديمهم يضر بأهل المصر وكذا تقديم صاحب الشهود على غيره لان اكرام الشهود واجب قال عليه الصلاة والسلام اكرموا الشهود فان الله يحيى بهم الحقوق وليس من الاكرام حبسهم على باب القاضى وهذا اذا كان واحدا فان كانوا كثيرا أقرع بينهم وينبغى أن يقدم الرجال على حدة والنساء على حدة لما فى الخلط من خوف الفتنة ولو رأى أن يجعل لهن يوما على حدة لكثرة الخصوم فعل لان افرادهن بيوم استرلهن ومنها أن لا يتعب نفسه فى طول الجلوس لانه يحتاج الى النظر فى الحجج وبطول الجلوس يختل النظر فيها فلا ينبغى ان يفعل ذلك ويكفى الجلوس طرفى النهار وقد رما لا يفتر عن النظر فى الحجج واذا تقدم اليه الخصمان هل يسأل المدعى عن دعواه ذكر فى أدب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات انه لا يسال وكذا اذا ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ذكر فى آداب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات انه لا يسأل حتى يقول له المدعى سله عن جواب دعواى وجه ماذكر فى الزيادات أن السؤال عن الدعوى انشاء الخصومة والقاضى لا ينشئ الخصومة وجه ماذكر فى الكتاب ان من الجائز أن أحد الخصمين يلحقه مهابة مجلس القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضى فيسأل عن دعواه ومنها ان المدعى اذا أقام البينة فادعى المدعى عليه الدفع وقال لى بينة حاضرة أمهله زمانا لقول سيدنا عمر رضى الله عنه فى كتاب السياسة اجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه وأراد به مدعى الدفع ألا ترى انه قال وان عجز استحللت عليه القضاء ولانه لو لم يمهله وقضى ببينة المدعى ربما يحتاج الى نقض قضائه لجواز أن يأتى بالدفع مؤخرا فهو من صيانة القضاء عن النقض ثم ذلك مفوض الى رأى القاضى ان شاء أخر الى آخر المجلس وان شاء الى الغد وان شاء الى بعد الغد ولا يزيد عليه لان الحق قد توجه عليه فلا يسعه التأخير أكثر من ذلك وان أدى ببينة غائبة لا يلتفت اليه بل يقضى للمدعى ومنها أن يجلس للقضاء فى أشهر المجالس ليكون أرفق بالناس وهل يقضى فى المسجد قال أصحابنا رحمهم الله يقضى وقال الشافعى رحمه الله لا يقضى بل يقضى فى بيته وجه قوله ان القاضى يأتيه المشرك والحائض والنفساء والجنب ويجرى بين الخصمين كلام اللغو والرفث والكذب لان أحدهما كاذب وتنزيه المسجد عن هذا كله واجب (ولنا) الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقضى فى المسجد وكذا الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون رضى الله عنهم كانوا يجلسون فى المسجد للقضاء والاقتداء بهم واجب ولا بأس للقاضى ان يرد الخصوم الى الصلح ان طمع منهم ذلك قال الله تبارك وتعالى والصلح خير فكان الرد الى الصلح ردا الى الخير وقال سيدنا عمر رضى الله عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن فندب رضى الله عنه القضاة الى رد الخصوم الى الصلح ونبه على المعنى وهو حصول المقصود من غير ضغينة ولا يزيد على مرة أو مرتين فان اصطلحا والا قضى بينهما بما يوجب الشرع وان لم يطمع منهم الصلح لا يردهم اليه بل ينفذ القضية فيهم لانه لا فائدة فى الرد وهل للقاضى أن يأخذ الرزق فان كان فقيرا له أن يأخذ لانه يعمل للمسلمين فلا بد له من الكفاية ولا كفاية له فكانت كفايته فى بيت المال الا أن يكون له ذلك أجرة عمله وينبغى للامام ان يوسع عليه وعلى عياله كيلا يطمع فى أموال الناس وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث

عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة و ولاه أمرها رزقه أربعمائة درهم فى كل عام و روى ان الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم أجروا لسيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنه كل يوم درهماً وثلثاً أو ثلثين من بيت المال وكذا روى انه كان لسيدنا عمر رضى الله عنه مثل ذلك من بيت المال وكان لسيدنا على رضى الله عنه كل يوم قصعة من ثريد ورزق سيدنا عمر رضى الله عنه شريحا و روى ان سيدنا عليا فرض له خمسمائة درهم فى كل شهر وان كان غنياً اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحل له ان يأخذ لان الاخذ بحكم الحاجة ولا حاجة له الى ذلك وقال بعضهم يحل له الاخذ والافضل له ان يأخذ اما الحل فلما بينا انه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الاجر واما الافضلية فلانه وان لم يكن محتاجا الى ذلك فربما يجىء بعده قاض محتاج وقد صار ذلك سنة وربما فتمتنع السلاطين عن ابطال رزق القضاة اليهم خصوصاً سلاطين زماننا فكان الامتناع من الاخذ شحاً بحق الغير فكان الافضل هو الاخذ وليس للقاضى ان يستخلف الا اذا أذن له الامام بذلك لانه يتصرف بالتفويض فيتقدر بقدر ما فوض اليه كالوكيل ولو استخلف تتوقف قضايا خليفته على اجازته بمنزلة الوكيل الخاص اذا وكل غيره فتصرف ولو كان الامام أذن له بذلك كان له ذلك كالوكيل العام وفى آداب القضاء وماندب القاضى الى فعله كثرة لها كتاب مفرد هناك ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ واما بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الى قاض آخر فنقول و بالله التوفيق قضاء القاضى الاول لا يخلو اما ان وقع فى فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والاجماع واما ان وقع فى فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس فان وقع فى فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الاجماع فان وافق قضاؤه ذلك نفذ ولا يحل له النقض لانه وقع صحيحاً قطعاً وان خالف شيأ من ذلك يرده لانه وقع باطلا قطعاً وان وقع فى فصل مجتهد فيه فلا يخلو اما ان كان مجمعاً على كونه مجتهداً فيه واما ان كان مختلفاً فى كونه مجتهداً فيه فان كان ذلك مجمعاً على كونه محل الاجتهاد فاما ان كان المجتهد فيه هو المقضى به واما ان كان نفس القضاء فان كان المجتهد فيه هو المقضى به فرفع قضاؤه الى قاض آخر لم يرده الثانى بل ينفذه لكونه قضاء مجمعاً على صحته لما علم ان الناس على اختلافهم فى المسئلة اتفقوا على ان للقاضى ان يقضى بأى الاقوال الذى مال اليه اجتهاده فكان قضاء مجمعاً على صحته فلو نقضه فلو نقضه انما ينقضه بقوله وفى صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ماصح بالاتفاق بقول مختلف فى صحته ولانه ليس مع الثانى دليل قطعى بل اجتهادى وصحة قضاء القاضى الاول ثبت بدليل قطعى وهو اجماعهم على جواز القضاء باى وجه اتضح له فلا يجوز نقض ما مضى بدليل قاطع بما فيه شبهة ولان الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبنى على الاجتهاد وان لا يجوز نقضه لانه لو جاز نقضه برفعه الى قاض آخر يرى خلاف رأى الاول فينقضه ثم يرفعه المدعى الى قاض آخر يرى خلاف رأى القاضى الثانى فينقض نقضه و يقضى كما قضى الاول فيؤدى الى ان لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً والمنازعة سبب الفساد وما أدى الى الفساد فساد فان كان رده القاضى الثانى فرفعه الى قاض ثالث نفذ قضاء القاضى الاول وأبطل قضاء القاضى الثانى لان قضاء الاول صحيح وقضاء الثانى بالرد باطل هذا اذا كان القاضى الاول قاضى أهل العدل فان كان قاضى أهل البغى فرفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل بان ظهر أهل العدل على المصر الذى كان فى يد الخوارج فرفعت الى قاضى أهل العدل قضايا قاضيهم لم ينفذ شيأ منها بل ينقضها كلها وان كانوا من أهل القضاء والشهادة فى الجملة كبتاً وغيظاً لهم ليزجروا عن البغى وان كان نفس القضاء مجتهداً فيه انه يجوز أم لا كما لو قضى بالحجر على الحر أو قضى على الغائب انه يجوز للقاضى الثانى ان ينقض قضاء الاول اذا مال اجتهاده الى خلاف اجتهاد الاول لان قضاءه هنا لم يجز بقول الكل بل بقول البعض دون البعض فلم يكن جوازه متفقا عليه فكان محتملا للنقض بمثله بخلاف الفصل الاول لان جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل فكان متفقا عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض ولان المسئلة اذا كانت مختلفا فيها فالقاضى بالقضاء يقطع أحد الاختلافين و يجعله متفقا عليه فى الحكم بالقضاء المتفق على جوازه واذا كان نفس القضاء مختلفا فيه يرفع الخلاف بالخلاف هذا اذا كان القضاء فى محل أجمعوا على كونه

محل

محل الاجتهاد فاما اذا كان فى محل اختلفوا انه محل الاجتهاد أم لا كبيع أم الولد هل ينفذ فيه قضاء القاضى أم لا فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ينفذ لانه محل الاجتهاد عندهما لاختلاف الصحابة فى جواز بيعها وعند محمد لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم على انه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع الى ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم عندهما لا يرفع وعنده يرفع فكان هذا الفصل مختلفاً فى كونه مجتهداً فيه فينظر ان كان من رأى القاضى الثانى انه يجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يرده لما ذكرنا فى سائر المجتهدات المتفق عليها وان كان من رأيه انه خرج عن حد الاجتهاد وصار متفقاً عليه لا ينفذ بل يرده لان عنده ان قضاء الاول وقع مخالفاً للاجماع فكان باطلا ومن مشايخنا من فصل فى المجتهدات تفصيلا آخر فقال ان كان الاجتهاد شنيعاً مستنكراً أجاز للقاضى الثانى ان ينقض قضاء الاول وهذا فيه نظر لانه اذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معنى للفصل بين مجتهد ومجتهد لان ماذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما فينبغى ان لا يجوز للثانى نقض قضاء الاول لان قضاءه صادف محل الاجتهاد

﴿ فصل ﴾ واما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله فالاصل ان قضاء القاضى بشاهدى الزور فيماله ولاية انشائه فى الجملة يفيد الحل عند أبى حنيفة رحمه الله وقضاؤه بهما فيما ليس له ولاية انشائه أصلا لا يفيد الحل بالاجماع وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعى رحمه الله لا يفيد الحل فيهما جميعاً فنقول جملة الكلام فيه ان القاضى اذا قضى بشاهدين ثم ظهر انهما شاهدا زور فلا يخلوا اما ان قضى بعقد أو بفسخ عقد واما ان قضى بملك مرسل فان قضى بعقد أو بفسخ عقد فقضاؤه يفيد الحل عنده وعندهم لا يفيد ولقب المسئلة ان قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهراً او باطناً فهو على الخلاف الذى ذكرنا وان قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطناً بالاجماع وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها فانكرت فاقام على ذلك شاهدى زور فقضى القاضى بالنكاح بينهما وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل لها التمكين عند أبى حنيفة وعندهم لا يحل وكذا اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امرأته ثلاثاً وهو منكر فقضى القاضى بالفرقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها وان كان يعلم انه شهد بزور عنده وعندهم لا يحل وعلى هذا الخلاف دعوى البيع والاعتاق وفى الهبة عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان وأجمعوا على أنه لو ادعى نكاح امرأة وهى تنكر وتقول أنا أخته من الرضاع أو أنا فى عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضى بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما أخبرت لا يحل لها التمكين وأجمعوا أيضاً على انه لو ادعى رجل أن هذه جاريته وهى تنكر فاقام على ذلك شاهدين وقضى القاضى بالجارية انه لا يحل له وطؤها اذا كان يعلم انه كاذب فى دعواه ولا يحل لاحد الشاهدين أيضاً ان يشتريها احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وانما أنا بشر فمن قضيت له من مال أخيه شيأ بغير حق فانما أقطع له قطعة من النار أخبر الشارع عليه الصلاة والسلام أن القضاء بما ليس للمدعى قضاء له بقطعة من النار ولو نفذ قضاؤه باطنا لما كان القضاء به قضاء بقطعة من النار ولان القضاء انما ينفذ بالحجة وهى الشهادة الصادقة وهذه كاذبة بيقين فلا ينفذ حقيقة ولهذا لم ينفذ بالملك المرسل وكذا اذا كانت المرأة محرمة بالعدة والردة أو الرضاع أو القرابة أو المصاهرة كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان قضاء القاضى بما يحتمل الانشاء انشاء له فينفذ ظاهراً وباطناً كما لو انشأ صريحاً ودلالة الوصف ان القاضى مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الانشاء الا بالحمل على الانشاء لان البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل انشاء والعقود والفسوخ مما يحتمل الانشاء من القاضى فان للقاضى ولاية انشائها فى الجملة بخلاف الملك المرسل لان نفس الملك مما لا يحتمل الانشاء ولهذا لو أنشأ القاضى أو غيره صريحاً لا يصح وبخلاف ما اذا كانت المرأة محرمة باسباب لان هناك ليس للقاضى ولاية الانشاء ألا ترى انه لو أنشأ صريحاً لا ينفذ واما الحديث فقد

قيل انه عليه الصلاة والسلام قال ذلك فى أخوين اختصما اليه فى مواريث درست بينهما فقال الى آخره ولم يكن لهما بينة الادعواهما كذا ذكره أبوداود عن أم سلمة رضى الله عنهما والميراث ومطلق الملك سواء فى الدعوى و به نقول مع انه ليس فيه ذكر السبب والكلام فى القضاء بسبب على انا نقول بموجبه لكن لم قلتم ان القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق بل هو قضا له من مال نفسه و بحق لان القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم خطأ القاضى فى القضاء فنقول الاصل ان القاضى اذا أخطأ فى قضائه بان ظهران الشهود كانوا عبيدا أومحدودين فى قذف انه لا يؤاخذ بالضمان لانه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة ثم ينظر اما ان كان المقضى به من حقوق العباد واما ان كان من حقوق الله عز وجل خالصاً كالقطع فى السرقة والرجم فى زنا المحصن فان كان فى حقوق العباد فان كان مالا وهو قائم رده على المقضى عليه لان قضاءه وقع باطلا ورد عين المقضى به ممكن فيلزمه رده لقول النبى عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولانه عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فالضمان على المقضى له لان القاضى عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان ولانه اذا عمل له فكان هو الذى فعل بنفسه وان كان حقاً ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل لانه تبين ان قضاءه كان باطلا وانه أمر شرعى يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لانه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان هذا اذا كان المقضى به من حقوق العباد واما اذا كان من حق الله عز وجل خالصاً فضمانه فى بيت المال لانه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها اليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدى من بيت مالهم ولا يضمن القاضى لما قلنا ولا الجلاد أيضا لانه عمل بامر القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به القاضى عن القضاء فنقول و بالله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضى عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها فى كتاب الوكالة لا يختلفان الا فى شىء واحد وهو ان الموكل اذا مات أوخلع ينعزل الوكيل والخليفة اذا مات أوخلع لا تنعزل قضاته وولاته (ووجه) الفرق ان الوكيل يعمل بولاية الموكل وفى خالص حقه أيضا وقد بطلت أهلية الولاية فينعزل الوكيل والقاضى لا يعمل بولاية الخليفة وفى حقه بل بولاية المسلمين وفى حقوقهم وانما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول فى سائر العقود والوكيل فى النكاح واذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين وولايتهم بعد موت الخليفة باقية فيبقى القاضى على ولايته وهذا بخلاف العزل فان الخليفة اذا عزل القاضى أوالوالى ينعزل بعزله ولا ينعزل بموته لانه لا ينعزل بعزل الخليفة أيضا حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا ان توليته بتولية العامة والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم بذلك فكانت ولايته منهم معنى فى العزل أيضا فهو الفرق بين العزل والموت ولو استخلف القاضى باذن الامام ثم مات القاضى لا ينعزل خليفته لانه نائب الامام فى الحقيقة لا نائب القاضى ولا ينعزل بموت الخليفة أيضا كما لا ينعزل القاضى لما قلنا ولا يملك القاضى عزل خليفته لانه نائب الامام فلا ينعزل بعزله كالوكيل انه لا يملك عزل الوكيل الثانى لان الثانى وكيل الموكل فى الحقيقة لا وكيله كذا ههنا الا اذا اذن له الخليفة ان يستبدل من شاء فيملك عزله و يكون ذلك أيضاً عزلا من الخليفة لا من القاضى لان القاضى كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك أنه يملك التوكيل والعزل واذا عزل كان العزل فى الحقيقة من الموكل كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر فى الوكالة وهل ينعزل باخذ الرشوة فى الحكم عندنا لا ينعزل لكنه يستحق العزل فيعزله الامام و يعزره كذا ذكر فى كتاب الحدود وقال مشايخ العراق من أصحابنا انه ينعزل وقالوا صحت الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم أنه ينعزل واستدلوا بما ذكر فى السير الكبير أنه يخرج من القضاء لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى لان هذه الرواية مشتبهة ورواية كتاب الحدود محكمة لانه ذكر ان الامام يعزله و يعزره فكان فيما قلنا حمل المحتمل على

المحكم

الحكم فكان عملا بالروايتين جميعا فكان أولى وهذا عندنا وقال الشافعي عليه الرحمة ينعزل وهو قول المعتزلة ولقب المسئلة ان القاضي اذا فسق هل ينعزل أولا فعندنا لا ينعزل وعند الشافعي ينعزل وبه قالت المعتزلة لكن بناء على أصلين مختلفين فأصل المعتزلة ان الفسق يخرج صاحبه عن الايمان فيبطل أهلية القضاء وأصل الشافعي رحمه الله ان العدالة شرط أهلية القضاء كما هي شرط أهلية الشهادة لان أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق فتبطل الاهلية والاصل عندنا أن الكبيرة لا تخرج صاحبها من الايمان والعدالة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست بشرط لاهلية الشهادة على ماذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب القسمة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع القسمة وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان معنى القسمة لغة وشرعا وفي بيان شرائط القسمة وفي بيان صفات القسمة وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها (أما) الاول فالقسمة في الاملاك المشتركة نوعان أحدهما قسمة الاعيان والثاني قسمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة أما قسمة الاعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والاجماع (أما) السنة فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الشرعية (وأما) الاجماع فان الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير فكانت شرعيته متوارثة والمعقول يقتضيه توفيرا على كل واحد مصلحته بكمالها

﴿ فصل ﴾ وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعا أما في اللغة فهي عبارة عن افراز النصيب وفي الشريعة عبارة عن افراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة الا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكا لهذا والنصف مملوكا لذاك على الشيوع فاذا اقتسمت بينهما نصفين والاجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون نصيب صاحبه فلابد وأن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبهما من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في حق الاجزاء المملوكة له افرازا وتمييزا أو تعيينا لها في الملك وفي حق الاجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الاجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الاجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه فكانت افراز بعض الانصباء ومعاوضة البعض ضرورة وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الاملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازما في كل قسمة شرعية الا أنه أعطى لها حكم الافراز في ذوات الامثال في بعض الاحكام لان المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمنزلة القرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل افرازا حكما وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الامثال فان قيل أليس انه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجرى فيها الجبر كالبيع ونحوه (فالجواب) ان المعاوضة قد يجرى فيها الجبر ألا ترى ان الغريم يجبر على قضاء الدين وقضاء الدين لا يتحقق الا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل ان الجبر لا ينفي المعاوضة فجاز أن يجبر على القسمة وان كانت معاوضة مع ما أن الجبر لا يجرى في المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي افراز من وجه ومعاوضة من وجه فجاز أن يجرى فيها الجبر وعلى هذا الاصل تخرج قسمة المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة انها لا تجوز مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة لاعتبار معنى المبادلة وذكر في الكتاب في كر حنطة مشترك بين

رجلين ثلاثون منه رديئة وعشرة منه جيدة قيمتها سواء فأرادا أن يقتسماه فيأخذ أحدهما ثلاثين والآخر عشرة أنه لا يجوز لتمكن الربا فيه لتحقق معنى المعاوضة ولو زاد صاحب الزيادة ثوبا أو شيأ آخر جاز لان الزيادة صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربا وقال فى زرع مشترك بين رجلين فى أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الارض وقد سنبل الزرع انه لا تجوز قسمته لان قسمته بطريق المجازفة ولا تجوز المعاوضة بطريق المجازفة فى الاموال الربوية وكذا لو أوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين أو أوصى باللبن فى الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لان الصوف واللبن من الاموال الربوية فلا يحتملان القسمة مجازفة كما لا يحتملان البيع مجازفة وكذا خيار العيب يدخل فى نوعى القسمة كما يدخل فى البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل فى أحد النوعين دون الآخر لا لانعدام معنى المبادلة بل لمعنى آخر نذكره فى موضعه ولو اشترى رجلان من رجل كر حنطة بمائة درهم فاقتسماه فلكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على خمسين درهما ولو اشتريا دارا بمائة درهم فاقتسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على خمسين وانما افترق النوعان فى هذا الحكم لا لاعتبار معنى الافراز فى أحدهما والمبادلة فى الآخر بل لمعنى آخر وهو أن المرابحة بيع بمثل المذكور ثمنا فى الاول مع زيادة شئ وانما يجوز البيع بمثل المذكور ثمنا فى الاول مع زيادة شئ فيما يحتمل الزيادة واما فيما لا يحتمل الزيادة فلا كما اذا اشترى كر حنطة بكر حنطة لا يبيعه مرابحة على الكر كذا هنا بل أولى لان ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة فى القسمة ليست بمقصودة واذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعا فى هذا الحكم لانه لا يحتمل الزيادة فكان له أن يبيعه مرابحة على أول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار لان هناك يمكن البيع بالثمن الاول وهو ثمن القسمة وزيادة شئ بان يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذى فى يده وربح درهم مثلا كما اذا اشترى دارا بدار أو اشترى كر حنطة بثوب فامكن بيعه مرابحة على الثمن الاول فى الجملة فلم يجز بيعه مرابحة على خمسين الا أنه اذا باعه مرابحة أو باعه من بائعه بالنصف الذى فى يده بربح ده يازده لا يجوز لمعنى عرف فى كتاب البيوع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط جواز القسمة فانواع بعضها يرجع الى القاسم وبعضها يرجع الى المقسوم وبعضها يرجع الى المقسوم له (أما) الذى يرجع الى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز فانواع منها العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية فاما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبى الذى يعقل القسمة باذن وليه وكذلك الاسلام والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمى والمرأة والمكاتب والمأذون لان هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الملك والولاية فلا تجوز القسمة بدونهما أما الملك فالمعنى به أن يكون القاسم مالكا فيقسم الشركاء بالتراضى وأما الولاية فنوعان ولاية قضاء وولاية قرابة الا أن شرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضى وأمينه على الصغير والكبير والذكر والانثى والمسلم والذمى والحر والعبد والمأذون والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما نذكره ولا يشترط ذلك فى ولاية القرابة فيقسم الاب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد والاصل فيه ان كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة وكذا القاضى له ولاية بيع مال الصغير والكبير فى الجملة فكان له ولاية القسمة فى الجملة (وأما) وصى الام ووصى الاخ والعم فيقسم المنقول دون العقار لان له ولاية بيع المنقول دون العقار وفى وصى المكاتب اذا مات عن وفاء أنه هل يقسم فيه روايتان وهذا كله يقرر ما قلنا ان معنى المبادلة لازم فى القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع فى الولاية ولا يقسم وصى الميت على الموصى له لانعدام ولايته عليه وكذا لا يقسم الورثة عليه لانعدام ولا يتهم عليه لان الموصى له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض الورثة على بعض لانعدام الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقتسموا وهو غائب نقضت قسمتهم لكن هذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان

كانت بقضاء القاضي تنفذ ولا تنقض لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وأما شرائط الاستحباب فانواع (منها) أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة لانه لو كان غير عدل خائنا أو جاهلا بامور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز (ومنها) أن يكون منصوب القاضي لان قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولانه أجمع لشرائط الامانة والافضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم للناس من غير أجر عليهم لان ذلك أرفق بالمسلمين فان لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم باجر عليهم ولكن ينبغي للقاضي أن يقدر له أجرة معلومة كيلا يتحكم على الناس ولو أراد الناس أن يستأجروا قساما آخر غير الذي نصبه القاضي لا يمنعهم القاضي عن ذلك ولا يجبرهم على أن يستأجروا قساما لانه لو فعل ذلك لعله لا يرضى الا باجرة كثيرة فيتضرر الناس وكذا لا يترك القسامين يشتركون في القسم لما قلنا (ومنها) المبالغة في تعديل الانصباء والتسوية بين السهام باقصى الامكان لئلا يدخل قصور في سهم وينبغي أن لا يدع حقا بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب الا اذا لم يمكن وينبغي أن لا يضم نصيب بعض الشركاء الى بعض الا اذا رضوا بالضم لانه يحتاج الى القسمة ثانيا وينبغي أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة الا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق (ومنها) أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا ثم يقرع بينهم لا لان القرعة يتعلق بها حكم بل لتطييب النفوس ولورود السنة بها ولان ذلك أنفى للتهمة فكان سنة والله سبحانه وتعالى أعلم واذا قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله على قدر الانصباء (وجه) قولهما ان أجرة القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السواء فكانت الاجرة عليهم على السواء وهذا لان عمله تمييز الانصباء والتمييز عمل واحد لان تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل والتفاوت في شيء واحد محال واذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الاجرة بخلاف النفقة لانها بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقسوم له فأنواع (منها) أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان القسمة نوعان قسمة جبر وهي التي يتولاها القاضي وقسمة رضا وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع (أما) قسمة التفريق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان الذي تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين (اما) أن يكون مما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين أصلا بل لهما فيه منفعة (واما) أن يكون مما في تبعيضه مضرة فان كان مما لا مضرة في تبعيضه أصلا بل فيه منفعة للشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان مما في تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين (اما) ان يكون فيه ضرر بكل واحد منهما (واما) أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع في حق الآخر فان كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم والقباء والجبة والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجمل والبقرة والشاة لان القسمة في هذه الاشياء قسمة اضرار بالشريكين جميعا والقاضي لا يملك الجبر على الاضرار وكذلك النهر والقناة والعين والبئر لما قلنا فان كان مع ذلك أرض قسمت الارض وتركت البئر والقناة على الشركة (فاما) اذا كانت أنهار الارضين متفرقة أو عيونا أو آبارا قسمت الآبار والعيون لانه لا ضرر في القسمة وكذا الباب والساحة والخشبة اذا كان في قطعهما ضرر فان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيهما من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الاشياء بان يقتسماها بانفسهما بتراضيهما لانهما يملكان الاضرار بانفسهما مع ما أن ذلك لا يخلو عن نوع نفع وما لا تجري

فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله اذا اختصما فيه باع القاضى وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لان الجبر على ازالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة لان القسمة تقع تحصيلا لما شرعت له وهو تكميل منافع الملك فيجبر عليها وان كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لانها قسمة اضرار بالشريكين فلا يليها القاضى الا اذا كان لكل واحد منهما فى نصيبه من الدار مفتح من وجه آخر فيقسم أيضاً لان القسمة فى هذه الصورة لا تقع اضرارا ولو اقتسما بأنفسهما جازت لتراضيهما بالضرر وكذلك المسيل المشترك اذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وان كان بحال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل ماؤه أو كان له موضع آخر يمكنه التسييل فيه يقسم وان لم يمكن لم يقسم لما ذكرنا فى الطريق وعلى هذا اذا طلب أحدهما مفتح الدار من غير رفع الطريق وأبى الآخر الا برفع الطريق أنه ان كان لكل واحد منهما مفتح آخر يفتحه فى نصيبه قسم بينهما بغير رفع الطريق لان ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك فى هذه القسمة أوفر وان لم يكن رفع بينهما طريقا وقسم الباقى لانه اذا لم يكن بينهما مفتح كانت القسمة بغير طريق تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها فكانت اضرارا بهما وهذا لا يجوز الا اذا اقتسما بأنفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا فى سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر عرض باب الدار وطوله على ادنى ما يكفيهما لان الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا الى أدنى ما يكفى للاستطراق فيحكم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا بنى رجلان فى ارض رجل باذنه وطلب أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الارض غائب لم تقسم لان الارض المبنى عليها بينهما شائع بالاعارة أو بالاجارة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل فى بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسمة ولو اقتسما بالتراضى جازت وكذا لو هدماها وكانت الآلة بينهما وعلى هذا زرع بين رجلين فى ارض مملوكة لهما طلب أحدهما قسمة الزرع دون الارض فان كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لما ذكرنا من قبل ولو طلبا جميعا لا يقسم أيضا لان المانع هو الربا وحرمة الربا لا تحتمل الارتفاع بالرضا وان كان الزرع بقلا فطلب أحدهما لا يقسم أيضا لان الارض مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر ولو اقتسما بأنفسهما وشرطا القطع جازت لانهما رضيا بالضرر ولو شرطا الترك لم يجز لان رقبة الارض مشتركة بينهما فكان شرط الترك منهما فى القسمة شرط الانتفاع كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسدا للقسمة لان فيها معنى البيع وكذلك لو لم تكن الارض مملوكة لهما وكانت فى ايديهما بالاعارة أو بالاجارة والزرع بقل لا تقسم لما ذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ذكرنا وكذلك طلع بين رجلين طلب أحدهما قسمة الطلع دون النخل والارض لم يقسم لما ذكرنا فى الزرع ولو اقتسما بالتراضى فان شرطا القطع جاز وان شرطا الترك لم يجز لما ذكرنا فى الزرع ولو تركه بعد القسمة باذن صاحبه فادرك وقلع فالفضل له طيب لانه وان حصل فى ملك مشترك لكنه حصل باذن شريكه فلا يكون خبيثاً وان لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله التصدق هذا اذا كان شيئاً فى تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين فاما اذا كان شيئاً فى تبعيضه ضرر باحدهما دون الآخر كالدار المشتركة بين رجلين ولاحدهما فيها شقص قليل فان طلب صاحب الكثير القسمة قسمت اجماعاً لان القسمة فى حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك وفى حق صاحب القليل تقع منعاً له من الانتفاع بنصيبه اذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه الا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير لقلة نصيبه فكانت القسمة فى حقه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت وان طلب صاحب القليل القسمة فقد ذكر الحاكم الجليل فى مختصره انه يقسم وذكر القدورى رحمه الله انه لا يقسم (وجه) ما ذكره الحاكم انه لا ضرر فى هذه القسمة فى حق صاحب الكثير بل له فيه منفعة فكان فى الاباء متعنتا فلا يعتبر اباؤه وصاحب القليل قد

رضى

رضى بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن فى تبعيضه ضرر باحدهما أصلا بخلاف الفصل الاول لان هناك تقع القسمة اضراراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والقاضى لا يملك الجبر على الاضرار فهو الفرق (وجه) ماذكره القدورى رحمه الله ان صاحب القليل متعنت فى طلب القسمة لكون القسمة ضرراً محضا فى حقه فلا يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ولو اقتسما بانفسهما جازت لما ذكرنا ان صاحب القليل قد رضى بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه لصاحب الكثير أصلا فجازت قسمتها وعلى هذا دار بين شريكين قسمت بينهما فاصاب أحدهما موضع بغير طريق شرط له فى القسمة فان كان له فيما أصابه مفتح الى الطريق جازت القسمة لانه لا مضرة له فيها اذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر وان لم يكن له فيما أصابه مفتح أصلا فان ذكر الحقوق فى القسمة فله حق الاختيار فى نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق فصار مذكوراً بذكر الحقوق وان لم يذكر لم تجز القسمة لانها قسمة اضرار فى حق أحد الشريكين وكذلك اذا قسمت بغير مسيل شرط لاحدهما ووقع المسيل فى نصيب الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق له ولا مسيل جازت لانه رضى بالضرر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة الجمع انه لا يجبر عليها فى جنسين لانها فى الاجناس المختلفة تقع اضراراً فى حق أحدهما فلا يجبر عليها على ماسنذكر ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا قسمة التفريق وأما قسمة الجمع فهى ان يجمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حدة وانها جائزة فى جنس واحد ولا تجوز فى جنسين لانها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة الى ماشرعت له وهو تكميل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها اذا عرفت هذا فنقول لا خلاف فى الامثال المتساوية وهى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفاء ماشرعت له القسمة فيها من غير ضرر لانعدام التفاوت وكذلك تبر الذهب وتبر النحاس وتبر الحديد لما قلنا وكذلك الثياب اذا كانت من جنس واحد كالهروية وكذلك الابل والبقر والغنم لان التفات عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم او يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه وكذلك اللآلىء المنفردة وكذا اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذا لا خلاف فى انه لا يقسم فى جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددى قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز والثياب البردية والمروية وكذلك اللآلىء واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم وكذا اذا كان من كل جنس فرد كبرذون وجمل و بقرة وشاة وثوب وقباء وجبة وقميص ووسادة و بساط لان هذه الاشياء لو قسمت على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين اما ان تقسم باعتبار أعيانها واما ان تقسم باعتبار قيمتها بان يضم الى بعضها دراهم او دنانير لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والقاضى لا يملك الجبر على الضرر ولا سبيل الى الثانى لان ذلك قسمة فى غير محلها لان محلها الملك المشترك ولم يوجد فى الدراهم ولو اقتسما بانفسهما أو تراضيا على ذلك جازت القسمة حتى لو اقتسما ثوبين مختلفى القيمة وزاد مع الاوكس دراهم مسماة جاز وكذا فى سائر المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضاء وكذا الاوانى سواء اختلفت أصولها أو اتحدت لانها بالصناعة أخذت حكم جنسين حتى جاز بيع الاوانى الصغار واحداً باثنين وأما الرقيق فلا يقسم عند أبى حنيفة رحمه الله قسمة جمع وعندهما يقسم (وجه) قولهما ان الرقيق على اختلاف أوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل القسمة كسائر الحيوانات من الابل والبقر والغنم ومافيهما من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة (وجه) قول أبى حنيفة انه لم يوجد شرط جواز القسمة وجواز التصرف بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ماذكرنا انا لو قسمناها رقابا باعتبار أعيانها فقد اضررنا باحدهما لتفاحش التفاوت بين عبد وعبد فى المعانى المطلوبة من هذا الجنس فكانا فى حكم جنسين مختلفين ومن شرط جواز هذه القسمة ان لا تتضمن ضرراً بالمقسوم عليه ولو قسمناها باعتبار القيمة لوقعت القسمة فى غير محلها لان محلها الملك المشترك ولا شركة فى القيمة والمحلية من شرائط صحة التصرف فصح ماذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جاز

لتراضيهما بالضرر وكذا لوكان مع الرقيق غيره قسم كذا ذكره فى كتاب القسمة لانه ان كان لا يحتمل القسمة مقصوداً فيجعل تبعا لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق انه لا يجوز بيعهما مقصوداً ثم يدخلان فى البيع تبعا للنهر والارض كذا هذا وذكر الجصاص ان المذكور فى الاصل محمول على قسمة الرضا وأما قسمة القضاء فلا تجوز وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس تبعا للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق وكذلك الدور عند أبى حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدتها سواء كانتا منفصلتين أو متلاصقتين وعندهما ينظر القاضى فى ذلك ان كان الاعدل فى الجمع جمع وان كان الاعدل فى التفريق فرق وكذا لو كان بينهما أرضان او كرمان فهو على الاختلاف وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع اجماعاً متصلين كانا او منفصلين وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان فى دار واحدة فعلى الخلاف وجه قولهما ان الدور كلها جنس واحد والتفاوت الذى بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض الى رأى القاضى ان رأى الاعدل فى التفريق فرق وان رأى الاعدل فى الجمع جمع (ولابى) حنيفة رحمه الله على نحو ماذكرنا فى الرقيق ان القسمة فيها باعتبار أعيانها ويقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لاختلاف الدور فى أنفسها واختلافها باختلاف البناء والبقاع فكانا فى حكم جنسين مختلفين والقسمة فيهما باعتبار القيمة تقع تصرفا فى غير محله فلا يصح ولو اقتسما بانفسهما أو بالقاضى بتراضيهما جاز لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وأما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس ومنها الطلب فى أحد نوعى القسمة وهو قسمة الجبر حتى انه لولم يوجد الطلب من أحد من الشركاء أصلا لم تجز القسمة لان القسمة من القاضى تصرف فى ملك الغير والتصرف فى ملك الغير من غير إذنه محظور فى الاصل الا انه عند طلب البعض يرتفع الحظر لانه اذا طلب علم انه له فى استيفاء هذه الشركة ضرراً اذ لو كان الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه ان يمتنع من الاضرار ديانة فاذا ابى القسمة علم انه لا يمتنع فيدفع القاضى ضرره بالقسمة فكانت القسمة فى هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضى نصب له ونظيره الشفعة فان الشفيع يتملك الدار على المشترى بالشفعة من غير رضاه دفعا للضرر لانه لما طلب الشفعة علم انه يتضرر بجواره فالشرع دفع ضرره عنه باثبات حق التمليك بالشفعة جبراً عليه كذا هذا (ومنها) الرضا فى أحد نوعى القسمة وهو رضا الشركاء فيما يقسمونه بانفسهم اذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم اذا لم يكونوا من أهل الرضا فان لم يوجد لا يصح حتى لو كان فى الورثة صغير لا وصى له أو كبير غائب فاقتسموا فالقسمة باطلة لما ذكرنا ان القسمة فيها معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع الا بالتراضى فكذا القسمة الا اذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولى أو الوصى اذا كان فى القسمة منفعة لهم لانهما يملكان البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم صغير وله ولى أو وصى يقتسمون برضا الولى أو الوصى فان لم يكن نصب القاضى عن الصغير وصيا واقتسموا برضاه فان أبى ترافعوا الى القاضى حتى يقسم بينهم ومنها حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم فى نوعى القسمة حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلا ولا يقسم القاضى أيضا اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنه لو قسم لا تنقض قسمته لانه صادف محل الاجتهاد فلا ينقض ومنها البينة فى قسمة القضاء فى الاقرار بميراث الاقرار عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليست بشرط ويقسم باقرارهم فنقول جملة الكلام فى بيان هذين الشرطين ان جماعة اذا جاؤا الى القاضى وهم عقلاء بالغون أصحاء فى أيديهم مال فاقروا انه ملكهم وطلبوا القسمة من القاضى فهذا لا يخلو فى الاصل من أحد وجهين (اما) ان يقروا بالملك مطلقا عن ذكر سبب واما ان يقروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد وكل وجه على وجهين (اما) ان يكون المال الذى فى أيديهم منقولا واما أن يكون عقاراً فان أقروا بالملك مطلقاً عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر فى الاشهاد فى كتاب الصك إنى قسمت باقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم البينة على أصل الملك منقولا

كان المال أوعقاراً اذالم يكن فيهم كبير غائب لانه وجد دليل الملك وهو اليد والاقرار من غير منازع ولادعوى انتقال الملك من أحد اليه فان كان فيهم كبير غائب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركاء أومن يقوم مقامهم شرط ولم يوجد لان الخصوم فى هذا الموضع لا يصلحون خصماعن الغائب وان أقروا بالملك بسبب الميراث بأن قالوا هو بيننا ميراث عن فلان فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم بالاجماع ولا تطلب منهم البينة وان كان فيهم كبير غائب بعد ان كان الحاضر اثنين كبيرين أوأحدهما صغير قد نصب عنه وصى وان كان المال عقاراً فلا يقسم عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهم باقرارهم و يشهد على ذلك فى الصك (وجه) قولهما أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والاقرار بالارث من غير منازع فصادفت القسمة محلها فيقسم و يكتب انه قسم باقرارهم كما فى المنقول ولان البينة انما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البينة (وجه) قول أبى حنيفة ان هذه قسمة صادفت حق الميت بالابطال فلا تصح الا ببينة كدعوى الاستحقاق على الميت و بيان ذلك ان الدار قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو كانت التركة شجرة فاثمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة تصرفا على ملكه بالابطال فلا يجوز الا ببينة بخلاف المنقول لان القسمة ليس قطعاً لحق الميت بل هى حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة نوع حفظ له وأما العقار فستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعاً لحقه فلا تملك الا ببينة وأما قولهما لا منكر ههنا فعلى من تقام البينة (قلنا) تقام على بعض الورثة من البعض وان كانوا مقرين وذلك جائز كالاب أو الوصى اذا أقر على الصغير لا يصح اقراره الا بالبينة ولا منكر ههنا كذا هذا هذا اذا أقروا بالملك بسبب الارث فان أقروا به بسبب الشراء من فلان الغائب فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم بلا خلاف وان كان عقاراً ذكر فى ظاهر الرواية انه يقسم باقرارهم ولا تطلب منهم البينة على الشراء من فلان وفرق بين الشراء و بين الميراث وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه لا يقسم الا بالبينة كالميراث (وجه) هذه الرواية انهم لما أقروا انهم ملكوه بالشراء من فلان فقد أقروا بالملك له وادعوا الانتقال اليهم من جهته فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة الى الدليل وهو البينة (وجه) ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشراء و بين الميراث ان امتناع القسمة فى المواريث بنفس الاقرار لما يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم فى باب البيع اذلا حق باق للبائع فى المبيع بعد البيع والتسليم فصادفت محلها فصحت هذا اذالم يكن فى الورثة كبير غائب أو صغير حاضر فان كان فأقروا بالميراث فلا يشكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه أنه لا يقسم باقرارهم لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف يقسم ههنا وأما عندهما فينظر ان كانت الدار فى يد الكبار الحضور يقسم بينهم لما بينا و يضع حصة الغائب على يد عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم من البعض و ينصب عن الصغير وصيا وان كانت الدار فى يد الغائب الكبير أو فى يد الحاضر الصغير أو فى أيديهما منها شئ لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاجماع لانه اذا كان فى يده من الدار شئ فالحاجة الى استحقاق ذلك من يده فلا يصح الا ببينة هذا اذالم تقم البينة على ميراث العقار فاما اذا اقامت البينة عليه وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضر اثنين فصاعدا والغائب واحداً أو أكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم و يعزل نصيب كل كبير وصغير فيوكل وكيلا يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا حضر شريكان وشريك غائب أنه لا يقسم (ووجه) الفرق ماذكرنا أن قسمة العقار تصرف على الميت وقضاء عليه بقطع حقه عن التركة وكل واحد من الورثة قائم مقام الميت فيما له وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب و يرد عليه فاذا كان الحاضر اثنين فصاعدا أمكن ان يجعل أحدهما خصماعن الميت فى القضاء عليه والآخر مقضياً له فتصح القسمة وان كان الحاضر واحداً والباقون غيباً لم يقسم لانه لا يمكن أن يجعل هو خصماعن الميت حتى تسمع البينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد فى زمان واحد بجهة واحدة مقضياله وعليه وان كان مع الحاضر وارث

صغير نصب القاضي عنه وصيا وقسم لان القسمة ههنا ممكنة لوجود متقاسمين حاضرين واذا قسم المنقول بين الورثة باقرارهم أو العقار بالبينة عند أبي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غائب فعزل نصيبه ووضعه على يدي عدل ثم حضر الغائب فان أقر كما أقروا أولئك فقد مضى الامر وان أنكر ترد القسمة في المنقول بالاجماع وكذلك في العقار عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة عليه الرحمة في العقار لا ترد القسمة لان القسمة المبنية على البينة قد تقدمت على الغائب فلا يعتبر إنكاره ولو كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب فطلب الموصى له بالثلث القسمة بعد ما أقام البينة على الميراث والثلث قسم لان الموصى له بمنزلة واحد من الورثة فاذا كان معه وارث حاضر فكأنه حضر اثنان من الورثة ولو كان كذلك قسم وان كان الباقون غيباً كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مالكا للمقسوم وقت القسمة وهو ان يكون له فيه ملك فان لم يكن لم تجز القسمة لما نذكره ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكا للمقسوم له وقت القسمة فان لم يكن لا تجوز القسمة لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا استحقت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة تبين انها لم تصح ولو استحق شيء منها تبطل في القدر المستحق ثم قد تستأنف القسمة وقد لا تستأنف ويثبت الخيار وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة انه اذا ورد الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الامر فيه من أحد وجهين اما ان ورد على كله واما ان ورد على جزء فان ورد على كل المقسوم تبطل القسمة وفي الحقيقة لم تصح من الاصل لانعدام شرط الصحة وهو الملك المشترك فتستأنف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع منه واما ان ورد على جزء معين من أحد النصيبين فان ورد على جزء شائع لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شائع من أحد النصيبين دون الآخر فان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة بين رجلين نصفين اقتسماها فاخذ أحدهما الثلث من مقدمها وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتهما سواء بان كانت قيمة كل واحد منهما ستمائة درهم مثلا فاستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالاجماع لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شائعا ملك المستحق فتبين ان القسمة لم تصح في النصف الشائع وذلك غير معلوم فبطلت القسمة أصلا وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شائعاً تستأنف القسمة أيضاً عند أبي يوسف رحمه الله لانه ظهر ان المستحق شريكهما في الدار فظهر ان قسمتهما لم تصح دونه فتستأنف القسمة كما اذا ورد الاستحقاق على نصف الدار شائعا وعند أبي حنيفة ومحمد عليهم الرحمة له الخيار ان شاء أمسك ما في يده ورجع بباقي حصته وهو مثل ما استحق في نصيب الآخر وان شاء فسخ القسمة لان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه لان المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق لا في ما وراءه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها في الباقي لان معنى القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا القدر في الباقي فلا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار شائعا لان هناك وان ورد الاستحقاق على النصف فاوجب بطلان القسمة فيه مقصوداً لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة في الباقي أصلا وههنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار ان شاء رجع بباقي حصته في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر المستحق من النصيبين جميعا فيرجع عليه بذلك وهو ربع نصيبه ان شاء وان شاء فسخ القسمة لاختلاف معناها ولدخول عيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار وذكر الطحاوي رحمه الله الخلاف في المسئلة بين أبي حنيفة وصاحبيه ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يغرم نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه الى ما في يد شريكه ويقتسمان نصفين (وجه) قول أبي يوسف ما بينا ان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح أصلا

وان

وان البيع كان فاسداً أفيضمن نصف قيمة مابا ع شريكه ثم يقتسمان الباقي نصفين (وجه) قولهما ماذكرنا في المسئلة المقدمة الا أن ههنا لا يثبت خيار الفسخ لمانع وهو البيع فيرجع على صاحبه بربع مافي يده ولو استحق نصف معين من أحد النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لما ذكرنا في المسائل المتقدمة بل أولى لان الاستحقاق ههنا ورد على جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان شريكهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار والمستحق عليه ان شاء نقض القسمة لان الاستحقاق أوجب انتقاض المعقود عليه والانتقاض في الاعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شاء رجع على صاحبه بربع مافي يده لما بينا أن القدر المستحق من النصيبين جميعا ولو استحق كل مافي يده لرجع عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالربع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا مائة شاة بين رجلين اقتسماها فأخذ أحدهما أربعين تساوي خمسمائة درهم وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة درهم فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالاجماع لانه تبين أن القسمة صادفت المملوك فيما وراء القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر الشركة ههنا أصلا فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شريكه بحقه وهو خمسة دراهم لان المستحق من النصيبين جميعا عشرة دراهم والله سبحانه وتعالى أعلم كرحنطة بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون رديء فاقتسماه فأخذ أحدهما عشرة أقفزة جيدة وثوبا وأخذ الآخر ثلاثين رديئا حتى جازت القسمة فاستحق من الثلاثين عشرة أقفزة يرجع على صاحبه بنصف الثوب استحسانا والقياس ماذكره في الزيادات انه يرجع عليه بثلث الثوب وثلث الطعام الجيد ووجهه أن الاستحقاق ورد على عشرة شائعة في الثلاثين فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك يوجب الرجوع بثلث الطعام الجيد وجه الاستحسان أن طريق جواز هذه القسمة أن تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب فاذا استحق منه عشرة وانه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله للمستحق عشرة شائعة في الثلاثين لا العشرة المعينة وهي التي من حصة الثوب فنعم هذا هو الحقيقة الا أنا لو عملنا بهذه الحقيقة لاحتجنا الى نقض القسمة واعادتها ولو صرفنا الاستحقاق الى عشرة هي من حصة الثوب لم نحتج الى ذلك وتصرف العاقل تجب صيانته عن النقض والابطال ما أمكن وذلك فيما قلناه وعلى هذا أرض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أوغرس غرسا فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه على صاحبه بشيء من قيمة البناء والغرس والاصل فيه أن كل قسمة وقعت باجبار القاضي أو باختيار الشريكين على الوجه الذي يجبرهما القاضي لو ترافعا اليه ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أوغرس غرسا فنقض وقلع لا يرجع بشيء من ذلك على صاحبه لان صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضي فيكون مضافا الى القاضي أما اذا وقعت القسمة باجبار القاضي فلا شك فيه وكذا اذا اقتسما بانفسهما لان ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضي عند المرافعة اليه واذا كان مجبوراً عليه فلم يوجد منه ضمان السلامة فلا يؤاخذ بضمان الاستحقاق اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا الشفيع اذا أخذ العقار من المشتري بالشفعة وبنى فيه أوغرس ثم استحق وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشتري لانه ماملكه باختياره بل أخذ منه جبراً وكذلك قال محمد في الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من أهل الحرب ثم أخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الذي أخذها من يده لانه لم يأخذها منه باختياره بل كرها وجبرا وكذلك الاب اذا وطئ جارية ابنه فأعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال أبو يوسف اذا غصب جارية فأبقت من يده فأدى ضمانها ثم عادت الجارية فاستولدها الغاصب ثم استحقت له أن يرجع بقيمة الولد على المولى لانه كان مختارا في أخذ القيمة من الغاصب فكان ضامناً السلامة فيرجع عليه بحكم الضمان وعلى هذا داران أو أرضان بين رجلين اقتسما فأخذ كل واحد منهما احداهما وبنى فيها ثم استحقت رجع بنصف قيمة البناء عند أبي حنيفة لان القاضي لا يجبر على قسمة الجمع في الدور والعقارات عنده فاذا اقتسما بأنفسهما كانت القسمة منهما مبادلة

فاشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامنا سلامة النصف لصاحبه فاذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما فى البيع وأما عندهما فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يرجع لان القاضى يجبر على هذه القسمة عندهما فاشبه استحقاق النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدورى عليه الرحمة وهو الصحيح لان القاضى انما يجبر على قسمة الجمع ههنا عندهما اذا رأى الجمع أعدل ولا يعرف ذلك من رأى القاضى اذا فعلا بأنفسهما ولو كانتا جاريتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استحقت رجع على شريكه بالنصف عند أبى حنيفة لان القاضى لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فاذا اقتسما بتراضيهما أشبه البيع على ما ذكرنا وأما عندهما فينبغى أن لا يرجع كذا ذكره القدورى عليه الرحمة وفرق بين الرقيق و بين الدور و بينهما فرق لان القاضى هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعى الاعدل فى ذلك من التفريق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلامة من صاحبه فلا يرجع عليه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دارا أوفيها كنيف شارع على الطريق أوظله فان كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لان رقبة الارض ليست بمملوكة لاحد بل هى حق العامة وان كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لان له فى السكة مسلكا فاشبه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفات القسمة فانواع منها أن تكون عادلة غير جائرة وهى أن تقع تعديلا للانصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض ومبنى المبادلات على المراضاة فاذا وقعت جائرة لم يوجد التراضى ولا افراز نصيبه بكماله لبقاء الشركة فى البعض فلم تجز وتعاد وعلى هذا اذا ظهر الغلط فى القسمة المبادلة بالبينة أو بالاقرار تستأنف لانه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق بكماله ولو ادعى أحد الشريكين الغلط فى القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان المدعى أقر باستيفاء حقه واما ان كان لم يقر بذلك فان كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا فى دعواه لان الاقرار باستيفاء الحق اقرار بوصول حقه اليه بكماله ودعوى الغلط اخبار أنه لم يصل اليه حقه بكماله فيتناقض وان كان لم يقر باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لان القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها الا بحجة فان أقام البينة أعيدت القسمة لما قلنا وان لم تقم له بينة وانكر شريكه فأراد استحلافه حلفه على ما ادعى من الغلط لانه يدعى عليه حقا هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف و بيان ذلك دار بين رجلين اقتسماها واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى أحدهما غلطا فى القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل البينة على الغلط فان أقام البينة والا فيحلف شريكه ان شاء لما قلنا فان حلف أحد الشريكين ونكل الآخر فان كان الشركاء ثلاثة يجمع بين نصيب المدعى و بين نصيب الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعى صادقا فى دعواه فى حقه فكان حجة فى حقه لا فى حق الشريك الحالف فلم تصح القسمة فى حقهما فتعاد فى قدر نصيبهما وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض فى المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسماهما فأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى أحدهما الغلط فى القسمة وأقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن يقضى للمدعى بذلك الذرع من الدار الاخرى و بنوا هذه المسئلة على بيع ذراع من دار انه لا يجوز عنده وعندهما جائز و وجه البناء ان قسمة الجمع فى الدور بالتراضى جائزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وان كان لازما فى نوعى القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه واذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا فى يد صاحبه انه وقع فى قسمته وأقام بينة سمعت بينته وان أقاما جميعا البينة أخذت بينة المدعى لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفا وترادا وكذا لو اختلفا فى الحدود فادعى كل واحد منهما حدا فى يد صاحبه أنه أصابه وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذى فى يد صاحبه لان كل

واحد

واحد منهما عما فى يد صاحبه خارج وأن قامت لاحدهما بينة يقضى ببينته وان لم تقم لهما بينة تحالفا وهل ينفسخ العقد بنفس التحالف أم يحتاج فيه الى فسخ القاضى اختلف المشايخ فيه على ما عرف فى البيوع ولو اقتسم رجلان اقرحة فأخذ أحدهما قراحين والآخر أربعة ثم ادعى صاحب القراحين أن أحد الاقرحة الاربعة أصابه فى قسمته وأقام البينة قضى له به لما قلنا وكذلك هذا فى أثواب اقتسماها فأخذ كل واحد بعضها ثم ادعى أحدهما أن أحد الاثواب الذى فى يد صاحبه أصابه فى قسمته وأقام البينة قضى له به ولو ادعى كل واحد منهما على صاحبه ثوبا مما فى يده أنه أصابه فى قسمته وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بما فى يد الآخر لان كل واحد منهما عما فى يد صاحبه خارج ولو اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسين وأصاب الآخر خمسة وأربعين ثم ادعى صاحب الاوكس الغلط فى القسمة أو الخطأ فى التقويم لم تقبل منه الا ببينة ولو قال أخطأنا فى العدد وأصاب كل واحد منا خمسين وهذه الخمسة فى قسمته وأنكر الآخر تحالفا وان أقام كل واحد منهما البينة ردت القسمة ولو قال أحدهما لصاحبه أخذت أنت احدى وخمسين غلطاً وأخذت أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أخذت الا خمسين فالقول قوله مع يمينه لانه منكر لاستيفاء الزيادة على حقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة عرصة الدار بالذرع أنه يحسب فى القسمة كل ذراعين من العلو بذراع من السفل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحسب ذراع من السفل بذراع من العلو وعند محمد يحسب على القيمة دون الذرع زعم كل واحد منهم ان التعديل فيما يقوله والخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة و بين أبى يوسف مبنى على الخلاف فى مسئلة أخرى وهى أن صاحب العلو ليس له أن يبنى على العلو من غير رضا صاحب السفل وان لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف له أن يبنى ان لم يضر البناء به ووجه البناء أن صاحب العلو اذا لم يملك البناء على علوه عند أبى حنيفة رحمه الله كان للعلو منفعة واحدة وهى منفعة السكنى فحسب وللسفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه وكذا السفل كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه فأما العلو فلا يصلح الا للسكنى خاصة فكان للسفل منفعتان وللعلو منفعة واحدة فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين وعند أبى يوسف لما ملك صاحب العلو ان يبنى على علوه كانت له منفعتان أيضاً فاستوى العلو والسفل فى المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما فى الذرع وأما محمد فانما اعتبر القيمة لان أحوال البلاد وأهلها فى ذلك مختلفة فمنهم من يختار السفل على العلو ومنهم يختار العلو على السفل فكان التعديل فى اعتبار القيمة والعمل فى المسألة على قول محمد رحمه الله وهو اختيار الطحاوى رحمه الله ويحتمل أن أبا حنيفة انما فضل السفل على العلو بناء على عادة أهل الكوفة من اختيارهم السفل على العلو وأبو يوسف انما سوى بينهما على عادة أهل بغداد لاستواء العلو والسفل عندهم فأخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه ومحمد بنى الفتوى على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان فكان الخلاف بينهم من حيث الصورة لا من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم و بيان ذلك فى سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما أرادا قسمتهما يقسم البناء على القيمة بلا خلاف وأما العرصة فتقسم بالذرع عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف فيما بينهما فى كيفية القسمة بالذرع فعند أبى حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبى يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر فعند أبى حنيفة يحسب فى القسمة كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة أذرع من العلو ارباعا عنده لما ذكرنا من الاصل فكانت القسمة ارباعا وعند أبى يوسف ذراع من السفل والعلو بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فكانت القسمة اثلاثا ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو وسفل آخر فعند أبى حنيفة يحسب فى القسمة كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل وذراع من سفل البيت بذراع من السفل الآخر وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل الآخر وعند أبى يوسف ذراع من التام بذراعين من السفل والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا اقتسما داراً وفضلا بعضها على بعض بالدراهم أو الدنانير

لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لانها وقعت عادلة من حيث المعنى لان الدار قد يفضل بعضها على بعض بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلا من حيث الصورة تعديلا من حيث المعنى ولو لم يسميا قيمة فضل البناء وقت القسمة جازت القسمة استحسانا وتجب قيمة فضل البناء وان لم يسمياها فى القسمة والقياس أن لا تجوز القسمة لان هذه قسمة بعض الدار دون بعض لان العرصة مع البناء بمنزلة شىء واحد وقسمة البناء بالقيمة فاذا وجدت القسمة مجهولة فوقعت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وانها غير جائزة وجه الاستحسان أن قسمة العرصة قد صحت بوقوعها فى محلها وهو الملك ولا صحة لها الا بقسمة البناء وذلك بالقيمة فتجب على صاحب الفضل قيمة فضل البناء وان لم يسم ضرورة صحة القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج أيضاً قسمة الجمع فى الاجناس المختلفة انها غير جائزة جبرا بالاجماع لتعذر تعديل الانصباء الا بالقيمة وانها ليست محل القسمة على ما مر ولا يجوز فى الرقيق والدور عند أبى حنيفة رحمه الله لانها فى حكم الاجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة ولا تقسم الاولاد فى بطون الغنم لتعذر التعديل وعلى هذا يخرج رد المقسوم بالعيب فى نوعى القسمة لانه اذا ظهر به عيب فقد ظهر انها وقعت جائرة لا عادلة فكان له حق الرد بالعيب كما فى البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما فى البيع الا أن فى البيع يرجع بتمام النقصان وفى القسمة يرجع بالنصف لان النقصان فى القسمة يرجع بالنصيبين جميعا فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت فى قسمة الرضا لان القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما فى البيع ولا يثبت فى قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة لانه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لاجبره القاضى ثانياً فلا يفيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تجب الشفعة فى القسمة لان حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتمل الشفعة ولانها لو وجبت لا يخلو اما أن تجب للشريك أو للجار لا سبيل الى الاول لان الشفعة تجب لغير البائع والمشترى ولا سبيل الى الثانى لان الشريك أولى من الجار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا فيما ينتفع بها أحدهما ويستضر الآخر عند طلب المنتفع بالاجماع وعند طلب المستضر اختلاف روايتى الحاكم والقدورى رحمهما الله وقد ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اللزوم بعد تمامها فى النوعين جميعا حتى لا يحتمل الرجوع عنها اذا تمت وأما قبل التمام فكذلك فى أحد نوعى القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر وهو قسمة الشركاء بيان ذلك أن الدار اذا كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضى أو الشركاء بالتراضى فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع وكذا اذا خرج الكل الا سهم واحد لان ذلك خروج السهام كلها لكون ذلك السهم متعينا بمن بقى من الشركاء وان خرج بعض السهام دون البعض فكذلك فى قسمة القضاء لانه لو رجع أحدهم لاجبره القاضى على القسمة ثانيا فلا يفيد رجوعه وأما فى قسمة التراضى فيجوز الرجوع لان قسمة التراضى لا تتم الا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما فى البيع ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم القسمة فنقول وبالله التوفيق حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه فيملك المقسوم له فى المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع فى نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء فى نصيب الآخر فلصاحب الساحة ان يبنى فى ساحته وله ان يرفع بناءه وليس لصاحب البناء ان يمنعه وان كان يفسد عليه الريح والشمس لانه يتصرف فى ملك نفسه فلا يمنع عنه وكذا له ان يبنى فى ساحته مخرجاً أو تنورا أو حماما أو رحى لما قلنا وكذا له ان يقعد فى بنائه حداداً أو قصاراً وان كان يتأذى به جاره لما قلنا وله ان يفتح باباً أو كوة لما ذكرنا ألا ترى ان له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى وله ان يحفر فى ملكه بئراً أو بالوعة أو كرباساً وان كان يهى بذلك حائط جاره ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك

لا يضمن لانه لا صنع منه فى ملك الغير والاصل ان لا يمنع الانسان من التصرف فى ملك نفسه الا ان الكف عما يؤذى الجار أحسن قال الله تبارك وتعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيأ و بالوالدين احسانا الى قوله تعالى والجار الجنب خصه سبحانه وتعالى بالامر بالاحسان اليه فلئن لا يحسن اليه فلا أقل من ان يكف عنه أذاه وعلى هذا دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة لانهما بالقسمة متصرفان فى ملك أنفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما وراء الطريق و يتركان الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم قسموا ثمر الطريق بينهم أثلاثاً وان كانت الرقبة لشريكى الدار ولصاحب الطريق حق المرور حكى القدورى عن الكرخى رحمهما الله ان لا شىء لصاحب الطريق من الثمن و يكون الثمن كله للشريكين و روى محمد ان كل واحد من الشريكين يضرب بحقه من المنفعة و يضرب صاحب الطريق بحق المرور وطريق معرفة ذلك ان ينظر الى قيمة العرصة بغير طريق و ينظر الى قيمتها وفيها طريق فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة المنفعة اذا كان فيها طريق (وجه) ما حكى عن الكرخى رحمه الله ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمله تبعا للرقبة ألا ترى انه لو باعه وحده لم يجز فاذا بيع الطريق باذنه فقد أسقط حقه أصلا فلا يقابله ثمن (وجه) ما روى عن محمد ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصودا بل يحتمله تبعا للرقبة وههنا ما بيع مقصودا بل تبعا للرقبة فيقابله الثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك على ما ذكرنا وكذلك دار بين رجلين فيها مسيل الماء فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة لما قلنا بل يقسم الدار و يترك المسيل على حاله كما فى الطريق وكذلك لو كان فى الدار منزل لرجل وطريقه فى الدار فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يتركان طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لا على سعة باب المنزل على ما ذكرنا ولو أراد صاحب المنزل ان يفتح الى هذا الطريق باباً آخر له ذلك لانه متصرف فى ملك نفسه ألا ترى ان له ان يرفع الحائط كله فهذا أولى ولو اشترى صاحب المنزل دارا من وراء المنزل وفتح بابه الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذى فى الدار الاولى لان له حق المرور فى هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار ان يمر فى الطريق الذى فى الدار الاولى لانه لا حق له فى هذا الطريق فيمنع من المرور فيه دار بين رجلين فى سكة غير نافذة اقتسماها وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فاراد كل واحد منهما ان يفتح باباً أو كوة الى السكة له ذلك ولا يسع لاهل السكة منعهما لان كل واحد منهما متصرف فى ملك نفسه فيملكه ألا ترى ان له رفع الحائط أصلا فالباب والكوة أولى وعلى هذا حائط بين قسيمين ولاحد القسيمين عليه جذوع الحائط الآخر فان شرطوا قطع الجذوع فى القسمة قطعت لقول النبى عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا ترك على حالها لان الترك وان كان ضرر الكنهم لما لم يشترطوا القطع فى القسمة فقد التزم الضرر وكذلك لو كان وقع على هذا الحائط درجة أو اسطوانة جمع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روشنا وقع لصاحب العلو شرفا على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفل ان يقلع الروشن من غير شرط القلع لما قلنا ولو كان لاحدهما اطراف خشب على حائط صاحبه فان كان مما يمكن ان يجعل عليها سقف لم يكلف قلعها وان كان لا يمكن كلف القلع لانه اذا أمكن أن يجعل عليها سقف أمكنه الانتفاع به فيلتحق بالحقوق فأشبه الروشن واذا لم يمكن تعذر الحاقها بالحقوق فبقى شاغلا هو لصاحبه بغير حق فيكلف قطعها ولو كان لاحدهما شجرة اغصانها مظلة على نصيب الآخر فهل تقطع ذكر ابن سماعة رحمه الله انه لا تقطع لان فى القطع ضررا لصاحبها وذكر ابن رستم رحمه الله انه تقطع كما يقطع اطراف الخشب الذى لا يمكن تسقيفها ولو اختلف أهل طريق فى الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالتسوية على عدد الرؤس لا على ذرعان الدور والمنازل لانهم استووا فى اليد لاستوائهم فى المرور فيه الا ان يقوم لاحدهم بينة فيسقط اعتبار اليد بالبينة دار لرجل وفيها طريق بينه و بين

رجل فمات صاحب الدار فاقتسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على عدد الرؤس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة و بينه نصفين لا على عدد الرؤس لان الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه و بينهم ولو لم يعرف ان الدار ميراث بينهم وجحد واذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد الرؤس لاستوائهم فى اليد على ما مر والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذى يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع (منها) ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم و بيان ذلك ان الورثة اذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون للميت مال آخر سواه واما ان لم يكن فان لم يكن له مال سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم تنقض القسمة سواء كان الدين محيطا بالتركة أو لم يكن لان الدين مقدم على الارث قليلا كان أو كثيراً قال الله تبارك وتعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين قدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير لان الدين اذا كان محيطاً بالتركة تبين انه لا ملك للورثة فيها الا من حيث الصورة بل هى ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء وقيام ملك الغير فى المحل يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق أولى واذا لم يكن محيطا بالتركة فلك الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت فى قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة فان لم يكن للميت مال آخر سواه يجعل الدين فيه وتمضى القسمة لان القسمة تصان عن النقض ما أمكن وقد أمكن صيانتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة اذا قضوا الدين من مال أنفسهم لا تنقض لان حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة وحق الغرماء بمعناها وهو المالية فاذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لانفسهم صورة ومعنى فتبين انهم فى الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى فتبين انها وقعت صحيحة فلا تنقض وكذلك اذا أبرأه الغرماء من ديونهم لا تنقض القسمة لان النقض لحقهم وقد أسقطوه بالابراء وكذلك اذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى ديناً على الميت وأقام البينة عليه فله أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته ابراء من الدين لان حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص واذا كان كذلك فلا يكون اقدامه على القسمة اقرارا منه لانه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضا فى دعواه فسمعت (ومنها) ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم أظهر ثم موصى له بالثلث نقضت قسمتهم لان الموصى له شريك الورثة ألا ترى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمه يهلك من الورثه والموصى له جميعاً والباقى على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث آخر غائب تنتقض فكذا هذا وهذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان كانت بقضاء القاضى لا تنتقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض (ومنها) ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لا تنتقض لما ذكرنا ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البينة لكونه مناقضا فى الدعوى اذ لا تصح قسمتهم الميراث وثم موصى له فكان اقدامه على القسمة اقراراً منه بانعدام الوصية فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الاب لانه لا يملك ابطال حقه وكذلك لو ادعى بعض الورثة ان أخاله من أبيه وأمه ورث أباه معهم وانه مات بعد موت الاب وورثه هذا المدعى وجحد الباقون ذلك فأقام المدعى البينة لا تقبل بينته لانه مناقض فى دعواه لدلالة اقراره بانعدام وارث آخر باقدامه على القسمة وكذلك كل ميراث يدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الاقدام على القسمة والله تعالى أعلم دار بين رجلين أقر أحدهما ببيت منها لرجل وأنكر الآخر يصح اقراره لان اقرار الانسان حجة على نفسه لان هذا الاقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر بل هو موقوف واذا لم يتعلق بالعين

لا

لا يمنع جواز القسمة فتقسم الدار و يجبر على القسمة ومتى قسمت فان وقع البيت المقر به فى نصيب المقر دفعه الى المقر له لان الاقرار قد صح و تسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم وان وقع فى نصيب شريكه يدفع اليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه فيقسم ما أصابه بينه و بين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت و يضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف عليهما الرحمة وقال محمد رحمه الله يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالا ولكن المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكله حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع البيت عشرة فتقسم الدار بينهما نصفين يكون للمقر له عشرة أذرع عندهما لانه جميع ذرع البيت والباقى وهو خمسة وأربعون للمقر لانه نصف ذرع الدار بعد ذرع البيت وعند محمد رحمه الله يكون للمقر له خمسة أذرع اذ هو نصف ذرع البيت المقر به (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاقرار صادف محلا معينا مشتركا بينه و بين غيره لان كل جزء من الدار أحدهما له والآخر لصاحبه على الشيوع فيبطل فى نصيب صاحبه و يصح فى نصيبه وذلك يوجب للمقر له نصف ذرع البيت (وجه) قولهما ان الاقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة ألا ترى انه لم يمنع صحة القسمة ولو تعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الآن يتعلق بالعين فان وقع المقر به فى نصيب المقر يؤمر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين وان وقع فى نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدله من نصيبه وهو تمام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيأ يحتمل القسمة فان كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشتركة بينه و بين غيره أقر انه لرجل وأنكر صاحبه فيصح اقراره ولكن يجبر على قسمته لان قسمة الاضرار فيما لا يحتمل الجبر على ماذكرناه فى موضعه و يلزمه نصف قيمة البيت لانه عجز عن تسليم العين والاقرار بعين معجوز التسليم يكون اقراراً ببدله تصحيحاً لتصرفه وصيانة لحق الغير بالقدر الممكن كالاقرار بجذع فى الدار والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ هذا الذى ذكرنا قسمة الاعيان (وأما) قسمة المنافع فهى المسماة بالمهايئات والكلام فيها فى مواضع فى بيان أنواع المهايئات وما يجوز منها وما لا يجوز وفى بيان محل المهايئات وفى بيان صفة المهايئات وفى بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهايئات وما لا يملك (أما) الاول فالمهايئات نوعان نوع يرجع الى المكان ونوع يرجع الى الزمان (أما) النوع الاول فهو أن يتهايئا فى دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها يسكنها وانه جائز لان المهايئات قسمة فتعتبر بقسمة العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع وكذا لو تهايئا على أن يأخذ أحدهما السفل والآخر العلو جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة فى هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بجنسها غير جائزة عندنا كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة وكذلك لو تهايئا فى دارين وأخذ كل واحد منهما داراً يسكنها أو يستغلها فهو جائز بالاجماع (أما) عند أبى يوسف ومحمد فلا شك فيه لان قسمة الجمع فى عين الدور جائزة فكذا فى المنافع (وأما) أبو حنيفة رحمه الله فيحتاج الى الفرق بين العين و بين المنفعة (وجه) الفرق له ان الدور فى حكم أجناس مختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى نفسها و بنائها وموضعها ولا تجوز قسمة الجمع فى جنسين مختلفين على ما مر (وأما) التفاوت فى المنافع فقل ما يتفاحش بل يتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالاجناس المختلفة فجازت القسمة وكذلك لو تهايئا فى عبدين على الخدمة جاز بالاجماع (أما) عندهما فلأن قسمة الجمع فى أعيان الرقيق جائزة وكذا فى منافعها (ووجه) الفرق لابى حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا فى الدارين ولو تهايئا فى عبدين فأخذ كل واحد منهما عبداً يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذى يخدمه جاز استحساناً والقياس أن لا يجوز (ووجهه) ان طعام كل واحد من العبدين على الشريكين جميعاً على المناصفة فاشتراط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة بعض الطعام بالبعض وانها غير جائزة للجهالة (ووجه) الاستحسان ان هذا النوع من الجهالة لا يفضى الى المنازعة لان مبنى الطعام على المسامحة فى العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة

العبد الذى يخدمه انه لا يجوز لانه يجرى فى الكسوة من المضايقة ما لا يجرى فى الطعام فى العرف والعادة فكانت الجهالة فى الكسوة مفضية الى المنازعة مع ما ان الجهالة فى الكسوة تتفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله تعالى أعلم (وأما) التهايؤ فى الدواب بأن أخذ أحدهما دابة ليركبها والآخر دابة أخرى من جنسها يستغلها وشرط الاستغلال فغير جائز عند أبى حنيفة وعندهما جائز (وجه) قولهما ظاهر لان قسمة الجمع فى أعيان الدواب من جنس واحد جائزة فكذا قسمة المنافع ولابى حنيفة الفرق بين المنفعة و بين المنفعة انه جوز قسمة الجمع فى اعيانها ولم يجوز فى منافعها (ووجه) الفرق انها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنها فى منفعة الركوب فى حكم جنسين مختلفين بدليل ان من استأجر دابة ليركبها لم يملك ان يؤاجرها للركوب ولو فعل لضمن فاشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع كذا فى المنفعة بخلاف المهايئات فى الدارين والعبدين انها جائزة لان هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستأجر فيهما يملك الاجارة من غيره فلم يختلف جنس المنفعة فجازت المهايئات (وأما) النوع الثانى وهو المهايئات بالزمان فهو ان يتهايئا فى بيت صغير على أن يسكنه هذا يوما وهذا يوما أو فى عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وهذا جائز لقوله تبارك وتعالى قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايئات فى الشرب ولم ينكره سبحانه وتعالى والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة لانها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس وحاجتهم الى المهايئات بالمكان أشد لان الاعيان كلها فى احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الاعيان ما لا يحتمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان تجوز هذه اولى والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل المهايئات فنقول ولا قوة الا بالله تعالى جل شأنه ان محلها المنافع دون الاعيان لانها قسمة المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى انهما لو تهايئا فى نخل أو شجر بين شريكين على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك اذا تهايئا فى الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهم قطيعا و ينتفع بالبانها لا يجوز لما ذكرنا ان هذا عقد قسمة المنافع والثمر واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايئات ولو تهايئا فى الاراضى المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها ويذرع جاز لان ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايئات والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة المهايئات فهى انها عقد غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايئات لانها كالخلف عن قسمة العين وقسمة العين كالاصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى فى قسمة العين اكمل ولهذا لو طلب أحدهما القسمة قبل المهايئات اجبره الحاكم على القسمة فكان عقدا جائزا فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة ولا يبطل بموت أحد الشريكين بخلاف الاجارة لانها لو بطلت لاعادها القاضى للحال ثانيا فلا يفيد

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف بعد المهايئات اما فى المهايئات بالمكان فلكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهايئات سواء شرط الاستغلال فى العقد أو لا وسواء تهايئا فى دار واحدة أو دارين لان المنافع بعد المهايئات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتمليك من غيره و به تبين ان المهايئات فى هذا النوع ليست باعارة لان العارية لا تؤاجر (وأما) المهايئات بالزمان فلكل واحد منهما ان يسكن أو يستخدم لما ذكرنا لكن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهاياة بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية السكنى والاستغلال مطلقا لان الحاجة الى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة والمهايئات بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهايأة (وأما) المهايأة بالزمان فقسمة مقدرة

بالزمان فلا تصير معلومة الا بذكر زمان معلوم فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال في نوبته لا خلاف في انهما اذا لم يشترطا لم يملك فاما اذا شرطا ذكر القدوري عليه الرحمة انه لا يملك لان هذا النوع من المهايأة في معنى الاعارة والعارية لا تؤجر وذكر الاصل ان التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة (منهم) من قال المذكور في الاصل ليس بمهايئات حقيقة لوجهين أحدهما انه أضاف التهايؤ الى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتمل التهايؤ حقيقة اذ هي عين والتهايؤ قسمة المنافع دون الاعيان والثاني انه ذكر فيه ان غلة الدار اذا اوصلت في يد أحدهما شاركه فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهايئات وكما ان المهايأة بالمكان في الدارين اذا تهايئا ان يأخذ كل واحد منهما وأخذه يستغلها فاستغلها ففضل من الغلة في يد أحدهما ان الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور في الاصل محمولا على ما اذا اصطلحا على ان يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهايأة مجازا وان لم يكن ذلك مهايأة حقيقة في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل ان يكون المذكور في الاصل دليلا على شرط جواز الاستغلال اذ الغلة يجوز ان تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة وقد قام دليل ارادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهايؤ اذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله وكذا التهايؤ يكون على شئ هو مقدور التهايؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرن بها السكنى الذي هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشاركه فيه صاحبه محمولا على ما اذا تهايئا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين فعلى هذا ثبت اختلاف روايتي الحاكم وأحمد بن الحسين القدوري عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الحدود ﴾

جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير وبدأ بمسائل الحدود فنبدأ بما بدأ به فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق الكلام في الحدود يقع في مواضع في بيان معنى الحد لغة وشرعا وفي بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضي وفي بيان صفاتها وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان شرائط جواز اقامتها وفي بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفي بيان حكمها اذا اجتمعت وفي بيان حكم المحدود (أما) الاول الحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى عز شانه بخلاف التعزير فانه ليس بمقدر قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتى يجرى فيه العفو والصلح سمى هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلفا لانه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف (أما) حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وسنذكر ركن السرقة وشرائط الركن في كتاب السرقة (وأما) حد الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما وهو الزنا وانما يختلفان في الشرط وهو الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والاحصان في عرف الشرع أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح

جميعا والاصل فى اعتبار الشبهة فى هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فتستدعى جناية متكاملة والوطء فى القبل فى غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية الا عند انتفاء الشبهة كلها اذا عرف الزنا فى عرف الشرع فنخرج عليه بعض المسائل فنقول الصبى أو المجنون اذا وطئ امرأة أجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة اذا طاوعته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر والشافعى رضى الله عنهم عليها الحد ولا خلاف فى أن العاقل البالغ اذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد عليها لهما أن المانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ اذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان وجوب الحد على المرأة فى باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لانها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها فى الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل الصبى والمجنون ليس بزنا فلا تكون هى مزنيا بها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية أو المجنونة مزنيا بها الا أن الحد لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية ثابتة فى جانب الرجل فيجب وكذلك الوطء فى الدبر فى الانثى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبى حنيفة وان كان حراما لعدم الوطء فى القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعى يوجب الحد وهو الرجم ان كان محصنا والجلد ان كان غير محصن لا لانه زنا بل لانه فى معنى الزنا لمشاركة الزنا فى المعنى المستدعى لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التمحض فكان فى معنى الزنا فورود النص بايجاب الحد هناك يكون ورودا ههنا دلالة ولابى حنيفة ماذكرنا ان اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا اسم للوطء فى قبل المرأة ألا ترى انه يستقيم ان يقال لاط وما زنا وزنا وما لاط ويقال فلان لوطى وفلان زانى فكذا يختلفان اسما واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى حد هذا الفعل ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت انه ليس بزنا ولا فى معنى الزنا أيضا لما فى الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك فى هذا الفعل انما فيه تضييع الماء المهين الذى يباح مثله بالعزل وكذا ليس فى معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر لان الحاجة الى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين ولا اختيار الا لداع يدعو اليه ولا داعى فى جانب المحل أصلا وفى الزنا وجد الداعى من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن فى معنى الزنا فورود النص هناك ليس ورودا ههنا وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضى الله عنهم دليل على ان الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين أحدهما ان التعزير هو الذى يحتمل الاختلاف فى القدر والصفة لا الحد والثانى انه لا مجال للاجتهاد فى الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال فى التعزير وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية وكذا وطء البهيمة وان كان حراما لانعدام الوطء فى قبل المرأة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة ملك الواطىء قيل انها تذبح ولا تؤكل ولا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله لكن روى محمد عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه لم يحد واطىء البهيمة وأمر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وكذلك الوطء عن اكراه لا يوجب الحد وكذلك الوطء فى دار الحرب وفى دار البغى لا يوجب الحد حتى ان من زنا فى دار الحرب أو دار البغى ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد لان الزنا لم ينعقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك وكذلك الحربى المستأمن اذا زنا بمسلمة أو ذمية أو ذمى زنا بحربية مستأمنة لا حد على الحربى والحربية عندهما وعند أبى يوسف يحدان وجه قوله انه لما دخل دار الاسلام فقد التزم أحكام الاسلام مدة اقامته فيها فصار كالذمى ولهذا يقام عليه حد القذف كما يقام على الذمى ولهما انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الاقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب الامان من المسلمين فقد

التزم امانهم عن الايذاء بنفسه وظهر حكم الاسلام فی حقه ثم يحد المسلمة والذمية عند أبی حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يحد و يحد الذمی بلا خلاف (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل فعل الرجل وفعلها يقع تبعا فلما لم يجب علی الاصل لا يجب علی التبع كالمطاوعة للصبی والمجنون (وجه) قول أبی حنيفة رحمه الله ان فعل الحربی حرام محض ألا تری انه يؤاخذ فكان زنا فكانت هی مزنيا بها الا ان الحد لم يجب علی الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا أمر يخصه و يحد الذمی لانه بالذمة والعهد التزم أحكام الاسلام مطلقا الا فی قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتی ظاهر منها أو آلی منها لا يوجب الحد وان كان حراما لقيام الملك والنكاح فلم يكن زنا وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبة والمحرمة برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وان كان حراما وعلم بالحرمة وكذلك وطء الاب جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمة لان له فی مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجه أو حق الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فظاهر اضافة مال الابن الی الاب بحرف اللام يقتضی حقيقة الملك فلئن تقاعد عن افادة الحقيقة فلا يتقاعد عن ايراث الشبهة أو حق الملك وكذلك وطء جارية المكاتب لان المكاتب عندنا عبد ما بقی عليه درهم فكان مملوك المولی رقبة وملك الرقبة يقتضی ملك الكسب فان لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولی وكذلك ان كان عليه دين لان رقبة المأذون ملك المولی وملك الرقبة يقتضی ملك الكسب كما فی جارية المكاتب و بل أولی لان كسب المأذون أقرب الی المولی من كسب المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فههنا أولی ولان هذا الملك محل الاجتهاد لان العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبه وطأ حصل فی نكاح وهو محل الاجتهاد وذا لا يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطء الجد اب الاب وان علا عند عدم الاب بمنزلة وطء الاب لان له ولادا فنزل منزلة الاب وكذلك الرجل من الغانمين اذا وطئ جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لا حد عليه وان علم ان وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك فی المحل اما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفی لسقوط الحد ولا يكفی لثبوت النسب وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولی عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لان العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير أو مجوسية أو مدبرة أو امة علی حرة أو امة بغير اذن مولاها أو العبد تزوج امرأة بغير اذن مولاه فوطئها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الاهل فی المحل وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه أو الخامسة أو اخت امرأته فوطئها لا حد عليه عند أبی حنيفة وان علم بالحرمة وعليه التعزير وعندهما والشافعی رحمهم الله تعالی عليه الحد والاصل عند أبی حنيفة عليه الرحمة ان النكاح اذا وجد من الاهل مضافا الی محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالا أو حراما وسواء كان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه وسواء ظن الحل فادعی الاشتباه أو علم بالحرمة والاصل عندهما ان النكاح اذا كان محرما علی التأبيد أو كان تحريمه مجمعا عليه يجب الحد وان لم يكن محرما علی التأبيد أو كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه (وجه) قولهم ان هذا نكاح أضيف الی غير محله فيلغو ودليل عدم المحلية ان محل النكاح هی المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالی وأحل لكم ما وراء ذلكم والمحارم محرمات علی التأبيد لقول الله تعالی حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم الآية الا انه اذا ادعی الاشتباه وقال ظننت انها تحل لی سقط الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الاهل فی المحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن فی حقه وان لم يكن معتبرا حقيقة اسقاطا لما يدرأ بالشبهات واذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد (وجه) قول أبی حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من أهله مضافا الی محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح

المتعة ونحو ذلك ولا شك فى وجود لفظ النكاح والاهلية والدليل على المحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول اما النصوص فقوله سبحانه وتعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله سبحانه وتعالى هو الذى خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وقوله سبحانه وتعالى وانه خلق الزوجين الذكر والانثى جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية واما المعقول فلان الانثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت محلا لحكم النكاح لان حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل الا ان الشرع أخرجها من ان تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام المحلية حقيقة فقيام صورة العقد والمحلية يورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت أو نقول وجد ركن النكاح والاهلية والمحلية على ما بينا الا انه فات شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا والوطء فى النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع وعلى هذا ينبغى ان يعلل فيقال هذا الوطء ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا على النكاح بغير شهود وسائر الانكحة الفاسدة ولو وطىء جارية الاب أو الام فان ادعى الاشتباه بان قال ظننت انها تحل لى لم يجب الحد وان لم يدع يجب وهو تفسير شبهة الاشتباه وانها تعتبر فى سبعة مواضع فى جارية الاب وجارية الام وجارية المنكوحة وجارية المطلقة ثلاثا ما دامت فى العدة وأم الولد ما دامت تعتد منه والعبد اذا وطىء جارية مولاه والجارية المرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب الرهن وفى رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه اما اذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلان الرجل ينبسط فى مال أبويه وزوجته وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية أبويه ومنكوحته من غير استئذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعا أيضا وهذا وان لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر فى حقه لاسقاط ما يندرىء بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عرى الوطء عن الشبهة فتمحض حراما فيجب الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه أولا لان ثبات النسب يعتمد قيام معنى فى المحل وهو الملك من كل وجه أو من وجه ولم يوجد ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لا حد عليهما ما لم يقرا جميعا انهما قد علما بالحرمة لان الوطء يقوم بهما جميعا فاذا تمكنت فيه الشبهة من أحد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الآخر ضرورة واما من سوى الاب والام من سائر ذوى الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطىء جاريته يجب الحد وان قال ظننت انها تحل لى لان هذا دعوى الاشتباه فى غير موضع الاشتباه لان الانسان لا ينبسط بالانتفاع بمال أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا ظنا مستندا الى دليل فلا يعتبر وكذلك اذا وطىء جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا اما اذا وطىء المطلقة ثلاثا فى العدة فلان النكاح قد زال فى حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقى فى حق الفراش والحرمة على الازواج فقط فتمحض الوطء حراما فكان زنا فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل لانه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح فى حق الفراش وحرمة الازواج فظن انه بقى فى حق الحل أيضا وهذا وان لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر فى حقه درءا لما يندرىء بالشبهات وان كان طلاقها واحدة بائنة لم يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان زوال الملك بالابانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فان مثل سيدنا عمر رضى الله عنه يقول فى الكنايات انها رواجع وطلاق الرجعى لا يزيل الملك فاختلافهم يورث شبهة ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها فى العدة ذكر الكرخى انه ينبغى أن يكون الحكم فيه كالحكم فى المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا فى المطلقة الثلاث. وكذلك اذا وطىء أم ولده وهى تعتد منه بأن أعتقها لان زوال الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم تثبت الشبهة وأما العبد اذا وطىء جارية مولاه فان العبد ينبسط فى مال مولاه عادة بالانتفاع فكان وطؤه مستندا الى ما هو دليل فى حقه فاعتبر فى حقه لاسقاط الحد واذا لم يدع يحد لعراء الوطء عن

الشبهة

الشبهة وأما المرتهن اذا وطئ الجارية المرهونة (فوجه) رواية كتاب الرهن أن يد المرتهن يد استيفاء الدين فصار المرتهن مستوفيا الدين من الجارية يداً فقد وطئ جارية هي مملوكة له يداً فلا يجب الحد كالجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي لانه استند ظنه الى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درأ للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد (وجه) رواية كتاب الحدود ان الاستيفاء في باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء لا يتحقق الا في الجنس ولا مجانسة بين التوثيق و بين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطئ البائع الجارية المبيعة قبل التسليم لا حد عليه وكذلك الزوج اذا وطئ الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث شبهة ولو وطئ المستأجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة يحد وان قال ظننت انها تحل لي لان هذا ظن عرى عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امرأته وقلن النساء ان هذه امرأتك فوطئها لا حد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغي أن لا يثبت لان النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه كما في ما ذكرنا من المسائل وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى آخر وهو ان وطأها بناء على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الاخبار بانها امرأته بل لا دليل ههنا سواه فلئن تبين الامر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطئ أجنبية وقال ظننت انها امرأتي أو جاريتي أو شبهتها بامرأتي أو جاريتي يجب الحد لان هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقاً بالعدم فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن ما لم يعرف انها امرأته بدليل إما بكلامها أو باخبار مخبر ولم يوجد مع ما أنا لو اعتبرنا هذا الظن في اسقاط الحد لم يتم حد الزنا في موضع ما اذ الزاني لا يعجز عن هذا القدر فيؤدي الى سد باب الحد وهكذا روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال لو قيل هذا لما أقيم الحد على أحد وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأة في بيته فوقع عليها وقال ظننتها امرأتي عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل اذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطؤها من المحارم والاجنبيات فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن فلم تثبت الشبهة وروى عن محمد في رجل اعمى دعى امرأته فقال يا فلانة فاجابت غيرها فوقع عليها انه يحد ولو أجابته غيرها وقالت أنا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب وهي كالمرأة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطؤها بنفس الاجابة ما لم تقل أنا فلانة لان الاجابة قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت أنا فلانة فوطئها لانه لا سبيل للاعمى الى أن يعرف انها امرأته الا بذلك الطريق فكان معذوراً فاشبه المرأة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيرا لا يصدق على ذلك لامكان الوصول الى انها امرأته بالرؤية وروى عن زفر في رجل أعمى وجد على فراشه أو بمجلسه امرأة نائمة فوقع عليها وقال ظننت انها امرأتي يدرأ عنه الحد وعليه العقر وقال أبو يوسف لا يدرأ (وجه) قول زفر انه ظن في موضع الظن اذا لظاهر انه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستنداً الى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد كما لو زفت اليه غير امرأته فوطئها (وجه) قول أبي يوسف ان النوم على الفراش لا يدل على انها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن معذوراً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاحصان فالاحصان نوعان احصان الرجم واحصان القذف أما احصان الرجم فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وهو ان يكونا جميعا عاقلين بالغين حرين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعاً فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصناً والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها فان تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها فلا احصان للصبي والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد

ولا بنفس النكاح ما لم يوجد الدخول وما لم يكن الزوجان جميعاً وقت الدخول على صفة الاحصان حتى ان الزوج العاقل البالغ الحر المسلم اذا دخل بزوجته وهي صبية أو مجنونة أو أمة أو كتابية ثم أدركت الصبية وأفاقت المجنونة وأعتقت الامة وأسلمت الكافرة لا يصير محصناً ما لم يوجد دخول آخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنى قبل دخول آخر لا يرجم فاذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصنا لان الاحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن يقال أحصن أي دخل الحصن كما يقال أعرق أي دخل العراق وأشأم أي دخل الشأم وأحصن أي دخل في الحصن ومعناه دخل حصناً عن الزنا اذا دخل فيه وانما يصير الانسان داخلا في الحصن عن الزنا عند توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها تتوفر الموانع أما العقل فلان للزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب ماله عاقبة ذميمة وأما البلوغ فان الصبي لنقصان عقله ولقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الامور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة وأما الحرية فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرة ولهذا لما قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم آية المبايعة على النساء وبلغ الى قول الله تعالى ولا يزنين قالت هند امرأة أبي سفيان أو تزني الحرة يا رسول الله وأما الاسلام فلانه نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع الشكر وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعا فلان اجتماعها فيهما يشعر بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين لان اقتضاء الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر وكذا بالرقيق لكون الرق من نتائج الكفر فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وأما الدخول بالنكاح الصحيح فلانه اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام والنكاح الفاسد لا يفيد فلا يقع به الاستغناء وأما كون الدخول آخر الشرائط فلان الدخول قبل استيفاء سائر الشرائط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التمام وبعد استيفائها تقع به الغنية على الكمال والتمام فثبت أن هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل بها معنى الاحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه الجملة الا في الاسلام فانه روي عن أبي يوسف أنه ليس من شرائط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية وكذلك الذمي العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنا لا يرجم في ظاهر الرواية بل يجلد وعلى ما روي عن أبي يوسف يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية ويرجم الذمي به وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى واحتجا بما روي أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين ولو كان الاسلام شرطا لما رجم ولان اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان كلها (ولنا) في زنا الذمي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة أوجب سبحانه وتعالى الجلد على كل زان وزانية أو على مطلق الزاني والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة ولان زنا الكافر لا يساوي زنا المسلم في كونه جناية فلا يساويه في استدعاء العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب وبيان ذلك ان زنا المسلم اختص بمزيد قبح انتفى ذلك في زنا الكافر وهو كون زناه وضع الكفران في موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة وفي زنا المسلم بالكتابية قوله عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن والذمي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصناً وما ذكرنا أن في اقتضاء الشهوة بالكافرة قصوراً فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر وقوله الزجر يحصل بأصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجراً مثله وأما حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول آية الجلد فانتسخ بها ويحتمل انه كان بعد نزولها ونسخ خبر الواحد أهون من نسخ الكتاب العزيز واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط

لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير المحصن يجلد ثم اذا ظهر احصان الزاني بالبينة أو بالاقرار يرجم بالنص والمعقول أما النص فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان و زنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وكان محصنا وأما المعقول فهو أن المحصن اذا توفرت عليه الموانع من الزنا فاذا أقدم عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية في القبح فيجازى بما هو غاية في العقوبات الدنيوية وهو الرجم لان الجزاء على قدر الجناية ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى توعد نساء النبي عليه الصلاة والسلام بمضاعفة العذاب اذا أتين بفاحشة لعظم جناياتهن لحصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله سبحانه وتعالى عليهن لنيلهن صحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومضاجعته فكانت جناياتهن على تقدير الاتيان غاية في القبح فاوعدن بالغاية من الجزاء كذا ههنا ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلماء وقال بعض الناس يجمع بينهما لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما لجمع ولان الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والجلد والرجم كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجبان لجناية واحدة والحديث محمول على الجمع بينهما في الجلد والرجم لكن في حالين فيكون عملا بالحديث واذا فقد شرط من شرائط الاحصان لا يرجم بل يجلد لان الواجب بنفس الزنا هو الجلد بآية الجلد ولان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب اختلف فيه قال أصحابنا لا يجمع الا اذا رأى الامام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما احتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه جلد وغرب وكذا روى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه فعل كذا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فيكون اجماعا (ولنا) قوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه عز وجل أمر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب فمن أوجبه فقد زاد على كتاب الله عز وجل والزيادة عليه نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد والثاني أنه سبحانه وتعالى جعل الجلد جزاء والجزاء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذ من الاجتزاء وهو الاكتفاء فلو أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعريض للمغرب على الزنا لانه مادام في بلده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعرى الداعي عن الموانع فيقدم عليه والزنا قبيح فما أفضى اليه مثله وفعل الصحابة محمول على انهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التعزير ألا يرى أنه روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه نفى رجلا فلحق بالروم فقال لا أنفي بعدها أبدا وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال كفى بالنفي فتنة فدل ان فعلهم كان على طريق التعزير ونحن به نقول أن للامام أن ينفي ان رأى المصلحة في التغريب و يكون النفي تعزيرا لا حدا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما احصان القذف فنذكره في حد القذف ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ماسوى الخمر من الاشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر والزبيب والمثلث ونحو ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبها فمنها العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها الاسلام فلا حد على الذمي والحربي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة في شرب الخمر فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة وانما كان كذلك لان الحد عقوبة محضة فتستدعي جناية محضة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والاكراه حلال فلم

يكن جناية وشرب الخمر مباح لاهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جناية وعند بعضهم وان كان حراماً لكنا نهينا على التعرض لهم وما يدينون وفي اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب وعن الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكروا يحدون لاجل السكر لا لاجل الشرب لان السكر حرام في الاديان كلها وما قاله الحسن حسن ومنها بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب في حد المشرب لان وجوب الحد بالشرب تعلق به حتى لو خلط الخمر بالماء ثم شرب نظر فيه ان كانت الغلبة للماء لا حد عليه لان اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء وان كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لان اسم الخمر باق وهي عادة بعض الشربة انهم يشربونها ممزوجة بالماء وكذلك من شرب دردي الخمر لا حد عليه لان دردي الخمر لا يسمى خمراً وان كان لا يخلو عن أجزاء الخمر (فاما) الذكورة فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى وأما الحرية فكذلك الا أن حد الرقيق يكون على النصف من حد الحر ولا حد على من توجد منه رائحة الخمر لان وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز انه تمضمض بها ولم يشربها أو شربها عن اكراه أو مخمصة وكذلك من تقيأ خمراً لا حد عليه لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاشربة التي تتخذ من الاطعمة كالحنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد بشربها لان شربها حلال عندهما وعند محمد وان كان حراماً لكن هي حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لان الشرب اذا لم يكن حراماً أصلا فلا عبرة بنفس السكر كشرب البنج ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حد القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبه الى الزنا وفيها الحاق العار بالمقذوف فيجب الحد دفعاً للعار عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبه فأنواع بعضها يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذي يرجع الى القاذف فانواع ثلاثة أحدها العقل والثاني البلوغ حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حد عليه لان الحد عقوبة فيستدعي كون القذف جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية والثالث عدم اثباته باربعة شهداء فان أتى بهم لا حد عليه لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة علق سبحانه وتعالى وجوب اقامة الحد بعد الاثبات باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاتيان في جميع العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لما أقيم حد أصلا اذ لا يقام بعد الموت ولان الحد انما وجب لدفع عار الزنا عن المقذوف واذا ظهر زناه بشهادة الاربعة لا يحتمل الاندفاع بالحد ولان هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات وأما حرية القاذف واسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط احصان المقذوف لا احصان القاذف والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقذوف فشيئان أحدهما أن يكون محصناً رجلا كان أو امرأة وشرائط احصان القذف خمسة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا أما العقل والبلوغ فلأن الزنا لا يتصور من الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذباً محضاً فيوجب التعزير لا الحد وأما الحرية فلان الله سبحانه وتعالى شرط الاحصان في آية القذف وهي قوله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا الحرائر لا العفائف عن الزنا فدل أن الحرية شرط ولانا لو أوجبنا على قاذف المملوك الجلد لا وجبنا ثمانين وهو لو أتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين وهذا لا يجوز لان القذف نسبة الى الزنا وأنه دون حقيقة الزنا وأما الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات والمحصنات الحرائر والغافلات العفائف عن الزنا والمؤمنات معلومة فدل أن الايمان والعفة عن

عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه الآية على ان المراد من المحصنات فى هذه الآية الحرائر لا العفائف لانه سبحانه وتعالى جمع فى هذه الآية بين المحصنات والغافلات فى الذكر والغافلات العفائف فلو أريد بالمحصنات العفائف لكان تكراراً ولان الحد انما يجب لدفع العار عن المقذوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد انما وجب بالقذف دفعاً لعار الزنا عن المقذوف وما فى الكافر من عار الكفر أعظم والله سبحانه وتعالى أعلم ثم تفسير العفة عن الزنا هو ان لم يكن المقذوف وطئ فى عمره وطأ حراما فى غير ملك ولا نكاح أصلا ولا فى نكاح فاسد فسادا مجمعا عليه فى السلف فان كان فعل سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجبا للحد أو لم يكن بعد أن يكون على الوصف الذى ذكرنا وان كان وطئ وطأ حراما لكن فى الملك أو النكاح حقيقة أو فى نكاح فاسد لكن فساداهو محل الاجتهاد لا تسقط عفته وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا وطئ امرأة بشبهة بان زفت اليه غير امرأته فوطئها سقطت عفته لوجود الوطء الحرام فى غير ملك ولا نكاح أصلا الا أنه لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لان الوطء يصادف كل الجارية وكلها ليس ملكه فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن درئ الحد للشبهة وكذلك اذا وطئ جارية أبويه أو زوجته أو جارية اشتراها وهو يعلم انها للغير البائع ثم استحقت لما قلنا وكذلك لو وطئ جارية ابنه فاعلقها أو لم يعلقها لوجود الوطء المحرم فى غير ملك حقيقة ولو وطئ الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المحرمة أو الحرة التى ظاهر منها أو الامة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك أو النكاح حقيقة وانه محلل الا انه منع من الوطء لغيره وكذا اذا وطئ مكاتبته فى قولهما واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى عنه وهو قول زفر تسقط عفته (وجه) قولهما ان هذا وطء حصل فى غير الملك لان عقد الكتابة أوجب زوال الملك فى حق الوطء ألا ترى أنه لا يباح له أن يطأها وكذا المهر يكون لها لا للمولى وهذا دليل زوال الملك فى حق الوطء ولنا ان الوطء يصادف الذات وملك الذات قائم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قائما وانما الزائل ملك اليد فمنع من الوطء لما فيه من استردادها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولو تزوج معتدة الغير أو منكوحة الغير أو مجوسية أو أخته من الرضاع سقطت عفته سواء علم أو لم يعلم فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما اذا كان لا يعلم لا تسقط (وجه) قولهما أنه اذا لم يعلم لا يكون الوطء حراما بدليل انه لا يأثم ولو كان حراما لأثم واذا لم يكن حراما لم تسقط العفة ولابى حنيفة رحمه الله ان حرمة الوطء ههنا ثابتة بالاجماع الا ان الاثم منتف والاثم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف واذا كانت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العفة ولو قبل امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بابنتها فوطئها أو تزوج بامها فوطئها لا تسقط عفته فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تسقط (وجه) قولهما ان التقبيل أو النظر أوجب حرمة المصاهرة وانها حرمة مؤبدة فتسقط العصمة كحرمة الرحم المحرم ولابى حنيفة رحمه الله ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هى محل الاجتهاد فى السلف فلا تسقط العفة فاما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم تزوج ابنتها أو أمها فوطئها سقطت عفته بالاجماع لان هذا النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولو تزوج امرأة بغير شهود فوطئها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه لا اختلاف فيه فى السلف اذ لا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة فلا يعتد بخلاف مالك فيه ولو تزوج أمة وحرة فى عقدة واحدة فوطئهما أو تزوج أمة على حرة فوطئهما لم تسقط عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعاً عليه فى السلف بل هو محل الاجتهاد فالوطء فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمى امرأة ذات رحم محرم منه ثم أسلم فقذفه رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع وان كان الدخول فى حال الكفر لم تسقط فى قول أبى حنيفة وعندهما تسقط هكذا ذكر الكرخى وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه يشترط احصانه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع على فساده وانما سقط الحد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة لنوع شبهة والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حد على من قذف امرأة محدودة

فى الزنا أومعها ولد لا يعرف له أب أولاعنت بولد لان امارة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة فان لاعنت بغير الولد أومع الولد لكنه لم يقطع النسب أوقطع لكن الزوج عاد وأكذب نفسه والحق النسب بالاب حد لانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة والثانى أن يكون المقذوف معلوما فان كان مجهولا لا يجب الحد كما اذا قال لجماعة كلكم زان الا واحدا أوقال ليس فيكم زان الا واحدا أوقال لرجلين أحدكما زان لان المقذوف مجهول ولوقال لرجلين أحدكما زان فقال له رجل أحدهما هذا فقال لا لا حد للآخر لانه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هو فى معنى الصريح ولوقال لرجل جدك زان لا حد عليه لان اسم الجد ينطلق على الاسفل وعلى الاعلى فكان المقذوف مجهولا ولوقال لرجل أخوك زان فان كان له اخوة أوأخوان سواه لا حد على القاذف لان المقذوف مجهول وان لم يكن له الا أخ واحد فعليه الحد اذا احضر وطالب لان المقذوف معلوم وليس لهذا الاخ ولاية المطالبة لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) حياة المقذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون القاذف أب المقذوف ولا جده وان علا ولا أمه ولا جدته وان علت فان كان لا حد عليه لقول الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهى عن التأفيف نصا نهى عن الضرب دلالة ولهذا لا يقتل به قصاصا ولقوله تبارك وتعالى وبالوالدين احسانا والمطالب بالقذف ليس من الاحسان فى شىء فكان منفيا بالنص ولان توقير الاب واحترامه واجب شرعا وعقلا والمطالبة بالقذف للجد ترك التعظيم والاحترام فكان حراما والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف به فنوعان أحدهما أن يكون القذف بصريح الزنا وما يجرى مجرى الصريح وهو نفى النسب فان كان بالكناية لا يوجب الحد لان الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال أولى وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا قال لرجل يازانى أوقال زنيت أوقال أنت زانى يحد لانه أتى بصريح القذف بالزنا ولو قال يازانىء بالهمز أوزنأت بالهمز يحد ولوقال عنيت به الصعود فى الجبل لا يصدق لان العامة لا تفرق بين المهموز والملين وكذا من العرب من يهمز الملين فبقى مجرد النية فلا يعتبر ولوقال زنأت فى الجبل يحد ولوقال عنيت به الصعود فى الجبل لا يصدق فى قولهما وعند محمد رحمه الله يصدق ولوقال زنأت على الجبل وقال عنيت به الصعود لا يصدق بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الزنا الذى هو فاحشة ملين يقال زنا يزنى زنا والزنا الذى هو صعود مهموز يقال زنأ يزنأ زنأ وقال الشاعر * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وأراد به الصعود الا أنه اذا لم يقل عنيت به الصعود حمل على الزنا المعروف لان اسم الزنا يستعمل فى الفجور عرفا وعادة واذا قال عنيت به الصعود فقد عنى به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره (وجه) قولهما أن اسم الزنا يستعمل فى الفجور عرفا وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والملين بل تستعمل المهموز ملينا والملين مهموزا فلا يصدق فى الصرف عن المتعارف كما اذا قال زنيت فى الجبل وقال عنيت به الصعود أوزنأت ولم يذكر الجبل الا أنه استعمل كلمة فى مكان كلمة على وأنه جائز قال الله سبحانه وتعالى ولا صلبنكم فى جذوع النخل أى على جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل معنى الملين وهو الزنا المعروف لان من العرب من يهمز الملين فيتعين معنى الملين بدلالة الحال وهى حال الغضب لان المسئلة مقصورة فيها واذا قال زنأت على الجبل وقال عنيت به الصعود لم يصدق لانه لا تستعمل كلمة على فى الصعود فلا يقال صعد على الجبل وانما يقال صعد فى الجبل ولوقال لرجل يا ابن الزانى فهو قاذف لابيه كانه قال أبوك زانى ولوقال يا ابن الزانية فهو قاذف لامه كانه قال أمك زانية ولوقال يا ابن الزانى والزانية فهو قاذف لابيه وأمه كانه قال أبواك زانيان ولوقال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفا لان معناه فى عرف الناس وعادتهم انك مخلوق من ماء الزنا ولوقال يا ابن الزانيتين يكون قذفا ويعتبر احصان أمه التى ولدته لا احصان جدته حتى لو كانت أمه مسلمة فعليه الحد وان كانت

جدته كافرة وان كانت أمه كافرة فلا حد عليه وان كانت جدته مسلمة لان أمه فى الحقيقة والدته والجدة تسمى أما مجازا وكذلك لوقال ياابن مائة زانية أو ياابن ألف زانية يكون قاذفا لامه و يعتبر فى الاحصان حال الام لما قلنا ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لاعدد الاشخاص اى امك زنت مائة مرة أوألف مرة ولوقال ياابن القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على المهيأة المستعدة للزنا وان لم تزن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لوقال ياابن الدعية لان الدعية هى المرأة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم ولوقال لرجل يازانى فقال الرجل لا بل أنت الزانى أوقال لا بل أنت يحدان جميعاً لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحا ولو قال لامرأة يازانية فقالت زنيت بك لا حد على الرجل لان المرأة صدقته فى القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد وتحد المرأة لانها قذفته بالزنا نصا ولم يوجد منه التصديق ولو قال لامرأة يازانية فقالت زنيت معك لا حد على الرجل ولا على المرأة أما على الرجل فلوجود التصديق منها إياه وأما على المرأة فلأن قولها زنيت معك يحتمل ان يكون المراد منه زنيت بك و يحتمل ان يكون معناه زنيت بحضرتك فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه وقذف المرأة يوجب حد القذف وقذف الزوج امرأته يوجب اللعان وكل واحد منهما حد وفى البداية بحد المرأة إسقاط الحد عن الرجل لان اللعان شهادات مؤكدة بالايمان والمحدود فى القذف لا شهادة له ونظير هذا ما قالوا فيمن قال لامرأته يازانية بنت الزانية فخاصمت الأم أولاً فحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المرأة أولاً فلاعن القاضى بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف ولوقال لامرأته يازانية فقالت زنيت بك لا حد ولا لعان لانه يحتمل انها أرادت بقولها زنيت بك اى قبل النكاح و يحتمل انها ارادت اى مامكنت من الوطء غيرك فان كان ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان ارادت الاول لا يجب اللعان و يجب الحد لانها اقرت بالزنا وان ارادت به الثانى يجب اللعان لان الزوج قذفها بالزنا وهى لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها فوقع الاحتمال فى ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت ولو قال لامرأة انت زانية فقالت المرأة انت ازنى منى يحد الرجل ولا تحد المرأة اما الرجل فلأنه قذفها بصريح الزنا ولم يوجد منها التصديق واما المرأة فلان قولها انت ازنى منى يحتمل انها ارادت به النسبة الى الزنا على الترجيح و يحتمل انها ارادت انت اقدر على الزنا واعلم به منى فلا يحمل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال لانسان انت ازنى الناس أوازنى الزناة اوازنى من فلان لاحد عليه لما قلنا وروى عن ابى يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس و بين قوله ازنى منى اومن فلان فقال فى الاول يحد وفى الثانى لا يحد (ووجه) الفرق له ان قوله انت ازنى الناس امكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح فى وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس فى الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازنى منى اومن فلان لا يمكن حمله على الترجيح فى وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه اومن فلان فيحمل على الترجيح فى القدرة اوالعلم فلا يكون قذفا بالزنا ولوقال لرجل زنيت وفلان معك كان قاذفا لهما لانه قذف أحدهما وعطف الآخر عليه بحرف الواو وانها للجمع المطلق فكان مخبراً عن وجود الزنا من كل واحد منهما رجلان استبا فقال أحدهما لصاحبه ما ابى بزان ولا امى بزانية لم يكن هذا قذفا لان ظاهره نفى الزنا عن أبيه وعن أمه الا انه قد يكنى بهذا الكلام عن نسبة اب صاحبه وامه الى الزنا لكن القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولوقال لرجل انت تزنى لا حد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستقبال و يستعمل للحال فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لوقال انت تزنى وانا اضرب الحد لان مثل هذا الكلام فى عرف الناس لا يدل على قصد القذف وانما يدل على طريق ضرب المثل على الاستعجاب ان كيف تكون العقوبة على انسان والجناية من غيره كما قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ولوقال لامرأة ما رأيت زانية خيراً منك اوقال لرجل ما رأيت زانيا خيراً منك لم يكن قذفا لانه ما جعل

هذا المذكور خير الزناة وانما جعله خيراً من الزناة وهذا لا يقتضي وجود الزنا منه ولو قال لامرأة زنا بك زوجك قبل ان يتزوجك فهو قاذف فانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج في كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما او جامعك حراما او فجر بك أو قال لرجل وطئت فلانة حراما او باضعتها او جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطء الحرام ويجوز ان يكون الوطء حراما ولا يكون زنا كالوطء بشبهة ونحو ذلك ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يازاني او يا ابن الزانية لم يكن المرسل قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقذف واما الرسول فان ابتدأ فقال لا على وجه الرسالة يازاني أو يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه الرسالة بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان أقول لك يازاني او يا ابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف غيره ولو قال لآخر اخبرت انك زاني او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى خبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك فلم يكن قاذفا ولو قال لرجل يالوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا نسبه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضي انه يعمل عملهم وهو اللواط ولو أفصح وقال أنت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفا عند أبي حنيفة أيضا وعندهما هو قاذف بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عند أبي حنيفة وعندهما هو في معنى الزنا والمسئلة مرت في موضعها ولو قال لرجل يازاني فقال له آخر صدقت يحد القاذف ولا حد على المصدق أما الاول فلوجود القذف الصريح منه وأما المصدق فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت يحد لان هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل أخوك زان فقال الرجل لا بل أنت يحد الرجل لان كلمة لا بل لتأكيد الاثبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل التأكيد وأما الاول فينظر ان كان للرجل إخوة أو اخوان سواه فلا حد عليه وان لم يكن له الا أخ واحد فله ان يطالبه بالحد وليس لهذا الاخ المخاطب ان يطالبه لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لست لابيك فهو قاذف لامه سواء قال في غضب أو رضا لان هذا الكلام لا يذكر الا لنفي النسب عن الاب فكان قذفا لامه ولو قال ليس هذا أبوك او قال لست أنت ابن فلان لأبيه اوقال أنت ابن فلان لاجنبي ان كان في حال الغضب فهو قذف وان كان في غير حال الغضب فليس بقذف لان هذا الكلام قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه في الاخلاق أي أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك او أخلاقك تشبه أخلاق فلان الاجنبي فلا يجعل قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال لرجل يا ابن مزيقيا او يا ابن ماء السماء انه يكون قذفا في حالة الغضب لا في حالة الرضا لانه يحتمل انه أراد به نفي النسب ويحتمل انه أراد به المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفائه وسخائه وعمرو بن عامر كان يسمى المزيقيا لمزقه الثياب اذ كان ذا ثروة ونخوة كان يلبس كل يوم ثوبا جدداً فاذا أمسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره فيساويه فيحكم الحال في ذلك فان كان في حال الغضب فالظاهر انه أراد به نفي النسب فيكون قذفا وان كان في حال الرضا فالظاهر انه أراد به المدح فلم يكن قذفا ولو قال لرجل أنت ابن فلان لعمه او لخاله اولزوج أمه لم يكن قذفا لان العم يسمى أبا وكذلك الخال وزوج الام قال الله سبحانه وتعالى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم وإسماعيل واسماعيل كان عم يعقوب عليه الصلاة والسلام وقد سماه أباه وقال سبحانه وتعالى ورفع أبويه على العرش وقيل انهما أبوه وخالته واذا كانت الخالة أما كان الخال أبا وقال الله تعالى ان ابني من أهلي قيل في التفسير انه كان ابن امرأته من غيره ولو قال لست بابن لفلان لجده لم يكن قاذفا لانه صادق في كلامه حقيقة لان الجد لا يسمى أبا حقيقة بل مجازا ولو قال للعربي يانبطي لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها لم يكن قاذفا عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يكون قذفا والصحيح قول العامة لان بقوله يا نبطي لم يقذفه ولكنه نسبه الى غير بلده كمن قال للبلدي يارستاقي وكذلك اذا قال يا ابن الخياط أو يا ابن الاصفر أو الاسود وأبوه ليس كذلك لم يكن قاذفا بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال يا ابن الاقطع أو يا ابن الاعور وأبوه ليس كذلك يكون كاذبا لا قاذفا كما اذا قال للبصير يا أعمى ثم القذف بلسان العرب وغيره سواء ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله تعالى أعلم والثاني

ان

ان يكون المقذوف به متصور الوجود من المقذوف فان كان لا يتصور لم يكن قاذفا وعلى هذا يخرج ما اذا قال لآخر زنى فخذك أو ظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه الاعضاء حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق النسب كما قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وكذلك لو قال زنيت باصبعك لان الزنا بالاصبع لا يتصور حقيقة ولو قال زنى فرجك يحد لان الزنا بالفرج يتحقق كانه قال زنيت بفرجك ولو قال لامرأة زنيت بفرس أو حمار أو بعير أو ثور لا حد عليه لانه يحتمل انه أراد به تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك متصور حقيقة و يحتمل انه أراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة على الزنا فان أراد به الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا تصير مزنيا بها لعدم تصور الزنا من البهيمة وان أراد به الثانى يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم أو بالدنانير أو بشئ من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنيت بناقة أو ببقرة أو أتان أو رمكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين فيحمل على العوض لان حرف الباء قد يستعمل فى الاعواض ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفا فى جميع ذلك سواء كان ذكرا أو أنثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطء ووطؤها لا يتصور أن يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون قذفا فوقع الاحتمال فى كونه قذفا فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا فى الذكر لا فى الانثى لان فعل الوطء من الرجل يوجد فى الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد فى الذكر فيحمل على العوض والصحيح انه لا فرق بين الذكر والانثى لان الوطء يتصور فى الصنفين فى الجملة ولو قال لامرأة زنيت وأنت مكرهة أو معتوهة أو مجنونة أو نائمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا فى حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا ومثله لو قال لامة أعتقت زنيت وأنت أمة أو قال لكافرة أسلمت زنيت وأنت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان فى المسئلة الاولى قذفها بالزنا فى حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفى المسئلة الثانية قذفها بحال لوجود الزنا منها فى حال يتصور منها الزنا وهى حال الرق والكفر لانهما لا يمنعان وقوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان والاحصان يشترط وجوده وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لا حد عليه لانه كذب محض لانه نفى النسب من الام ونفى النسب من الام لا يتصور ألا ترى ان أمه ولدته حقيقة وكذلك لو قال له لست لابويك لانه نفى نسبه عنهما ولا ينتفى عن الام لانها ولدته فيكون كذبا بخلاف قوله لست لابيك لان ذلك ليس بنفى لولادة الام بل هو نفى النسب عن الاب ونفى النسب عن الاب يكون قذفا للام وكذلك لو قال له لست لابيك ولست لامك فى كلام موصول لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لابويك سواء ولو قال له لست لآدم أو لست لرجل أو لست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض لان نسبه لا يحتمل الانقطاع عن هؤلاء فكان كذبا محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل يازانية انه لا يكون قذفا عندهما وعند محمد يكون قذفا (وجه) قوله ان الهاء قد تدخل صلة زائدة فى الكلام قال الله تعالى عز شأنه خبرا عن الكفار ما أغنى عنى ماليه هلك عنى سلطانيه ومعناه مالى وسلطانى والهاء زائدة فيحذف الزائد فيبقى قوله يازانى وقد تدخل فى الكلام للمبالغة فى الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يختل به معنى القذف يدل عليه ان حذفه فى نعت المرأة لا يخل بمعنى القذف حتى لو قال لامرأة يازانى يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة فى نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور فيلغو ودليل عدم التصور انه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين لان الهاء فى الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقاتلة والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامرأة يازانى لانه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء وهاء التأنيث قد تحذف فى الجملة كالحائض والطالق والحامل ونحو ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف فيه وهو المكان فهو أن يكون القذف فى دار العدل فان كان فى دار الحرب أو فى دار البغى فلا يوجب الحد لان المقيم للحدود هم الائمة ولا ولاية لامام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البغى

فلا يقدر على الاقامة فيهما فالقذف فيهما لا ينعقد موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك لان الاستيفاء للواجب والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس القذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الى وقت فان كان معلقا بشرط أو مضافا الى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كانه نجز القذف كما فى سائر التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال رجل من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت أنه لا حد على المبتدى لانه علق القذف بشرط القول وكذلك اذا قال لرجل ان دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا وكذا من قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غدا أو رأس شهر كذا فجاء الغد والشهر لا حد عليه لان اضافة القذف الى وقت يمنع تحقق القذف فى الحال وفى المآل على ما بينا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضى فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبينة والاقرار لكن عند استجماع شرائطها أما شرائط البينة القائمة على الحد (فمنها) ما يعم الحدود كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض أما الذى يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضى الى القاضى فى الحدود كلها لتمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها فى كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات ولو ادعى القاذف أن المقذوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى لان الشهادة ههنا قامت على اسقاط الحد لا على اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحد لا من اسقاطه (وأما) الذى يخص البعض دون البعض (فمنها) عدم التقادم وانه شرط فى حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط فى حد القذف والفرق ان الشاهد اذا عاين الجريمة فهو مخير بين اداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله تعالى عز وجل وأقيموا الشهادة لله وبين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل على ان الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول سيدنا عمر رضى الله عنه على ان مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف حد القذف لان التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة لان الدعوى هناك شرط فاحتمل ان التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعى والدعوى ليست بشرط فى الحدود الثلاثة فكان التأخير لما قلنا و يشكل على هذا فصل السرقة فان الدعوى هناك شرط ومع هذا التقادم مانع واختلفت عبارات مشايخنا فى الجواب عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب الظاهر فى السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد لان الاصل تعليق الحكم بالحكمة الا اذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا بحرج فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد فى السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة فى السرقة لان دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لان المدعى فى الابتداء مخير بين أن يدعى السرقة و يقطع طمعه عن ماله احتسابا لاقامة الحد و بين أن يدعى أخذ المال سترا على أخيه المسلم فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلا يصح اعراضه ولم يجعل قاصدا جهة الحسبة لانه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم تصح دعواه السرقة فلم تقبل

الشهادة على السرقة لان قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشترط فيه الدعوى فبقي مدعياً أخذ المال لاغير فتقبل الشهادة حسبة اذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الاموال بخلاف حد القذف لان المقذوف ليس بمخير بين بذل النفس و بين اقامة الحد بالدعوى بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم بالتأخير فكانت الدعوى صحيحة منه والشيخ منصور الماتريدي رحمه الله أشار الى معنى آخر فى شرح الجامع الصغير حكيته بلفظه وهو أن عادة السراق الاقدام على السرقة فى حال الغفلة وانتهاز الفرصة فى موضع الخفية وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم و بخبرهم فاذا كتموا أثموا وقد يعلم المدعى شهوده فى غير ذلك من الحقوق و يطلبها اذا احتاج اليها فكانوا فى سعة من تأخيرها واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقادم قبلت فى حق المال لان بطلانها فى حق الحد لتمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة وأما المال فيثبت معها ثم التقادم انما يمنع قبول الشهادة فى الحدود الثلاثة اذا كان التقادم فى التأخير من غير عذر ظاهر فأما اذا كان لعذر ظاهر بأن كان المشهود عليه فى موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد فيه حاكم فشهدوا عليه جازت شهادتهم وان تأخرت لان هذا موضع العذر فلا يكون التقادم فيه مانعا ثم لم يقدر أبو حنيفة رحمه الله للتقادم تقديرا وفوض ذلك الى اجتهاد كل حاكم فى زمانه فانه روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت فى التقادم شيأ وجهدنا به أن يوقت فأبى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بشهر فان كان شهرا أو أكثر فهو متقادم وان كان دون شهر فليس بمتقادم لان الشهر أدنى الاجل فكان مادونه فى حكم العاجل ولابى حنيفة رحمه الله أن التأخير قد يكون لعذر والاعذار فى اقتضاء التأخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه ففوض الى اجتهاد القاضى فيما يعد ابطاء و مالا يعد واذا لم تقبل شهادة الشهود بزنا متقادم هل يحدون حد القذف حكى الحسن بن زياد أنهم يحدون وتأخيرهم محمول على اختيار جهة الستر فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقى قذفا فيوجب الحد وقال الكرخى رحمه الله الظاهر أنه لا يجب عليهم الحد وهكذا ذكر القاضى فى شرحه أنه لا حد عليهم لان تأخيرهم وان أورث تهمة وشبهة فى الشهادة فاصل الشهادة باق فلما اعتبرت الشبهة فى اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان تعتبر حقيقة الشهادة لاسقاط حد القذف عن الشهود أولى (ومنها) قيام الرائحة وقت أداء الشهادة فى حد الشرب فى قولهما وعند محمد ليس بشرط والحجج ستأتى فى موضعها (ومنها) عدد الاربع فى الشهود فى حد الزنا لقوله عز اسمه واللاتى يأتين بفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تبارك وتعالى لولا جاؤا عليه باربعة شهداء ولان الشهادة أحد نوعى الحجة فيعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذا ههنا بخلاف سائر الحدود فان عدد الاقارير الاربع لم يشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان اشتراط عدد الاربع فى الشهادة يثبت معدولا به عن القياس بالنص والنص ورد فى الزنا خاصة فان شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل شهادتهم لنقصان العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال أصحابنا يحدون وقال الشافعى رحمه الله اذا جاؤا مجىء الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف اذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما فى لحاف واحد ولم يزد عليه أنه يحد الثلاثة عندنا ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال فى الابتداء أشهد أنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد (وجه) قول الشافعى رحمه الله أنهم اذا جاؤا مجىء الشهود كان قصدهم اقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن جناية فلم يكن قذفا (ولنا) ماروى أن ثلاثة شهدوا على مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال رأيت أقداما بادية ونفسا عاليا وأمرا منكرا ولا أعلم ماوراء ذلك فقال سيدنا عمر رضى الله عنه له الحمد لله الذى لم يفضح رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة فيدخلون تحت آية القذف الا أنا اعتبرنا تمام عدد الاربع اذا جاؤا مجىء الشهود فقد قصدوا اقامة الحسبة واجبا حقا لله

تعالى نخرج كلامهم عن كونه قذفا وصار شهادة شرعا فعند النقصان بقي قذفا حقيقة فيوجب الحد ولو شهد ثلاثة على الزنا وشهد رابع على شهادة غيره تحد الثلاثة لان شهادتهم صارت قذفا النقصان العدد ولا حد على الرابع لانه لم يقذف بل حكى قذف غيره ولو علم أن أحد الاربع عبد أو مكاتب أو صبي أو أعمى أو محدود في قذف حدوا جميعا لان الصبي والعبد ليست لهما أهلية الشهادة أصلا ورأسا فانتقص العدد فصار كلامهم قذفا والاعمى والمحدود في القذف ليست لهم أهلية الشهادة أوان كانت لهم أهلية الشهادة تحملا وسماعا فقصرت أهليتهما للشهادة فانتقص العدد فصار كلامهم قذفا وسواء علم ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء وان علم ذلك بعد الامضاء فان كان الحد جلدا فكذلك يحدون ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال على ماذكرنا في كتاب الرجوع عن الشهادات وان كان رجما لا يحدون لانه تبين ان كلامهم وقع قذفا ومن قذف حيا ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال لان الخطأ حصل من القاضي وخطأ القاضي على بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مال المسلمين ولو شهد الزوج وثلاثة نفر حد الثلاثة ولاعن الزوج امرأته لان قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقين فصار كلامهم قذفا فيحدون حد القذف ولو علم أن الشهود الاربعة عبيد أو كفار أو محدودون في قذف أو عميان يحدون حد القذف وان علم أنهم فساق لا يحدون والفرق ماذكرنا أن العبد والكافر لا شهادة لهما أصلا والاعمى والمحدود في القذف لهما شهادة سماعا وتحملا لا اداء فكان كلامهم قذفا والفاسق له شهادة على أصل أصحابنا سماعا واذا كان كلام الفاسق شهادة لا قذفا فلا يحدون حد القذف والله تعالى أعلم ولو ادعى المشهود عليه أن أحد الشهود الاربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة أنه حر لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال الناس أحرار الا في أربع الشهادة والقصاص والعقل والحدود والمعنى فيه ماذكرنا في غير موضع (ومنها) اتحاد المجلس وهو أن يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند أداء الشهادة فان جاؤا متفرقين يشهدون واحدا بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وان كثروا لماذكرنا أن كلامهم قذف حقيقة وانما يخرج عن كونه قذفا شرعا بشرط أن يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت أداء الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفا فيوجب الحد حتى لو جاؤا مجتمعين أو متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاؤا واحدا بعد واحد وشهد واجازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا خارجين من المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد وان كانوا مثل ربيعه ومضر هكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال لو جاء ربيعة ومضر فرادى لحددتهم عن آخرهم وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا منهم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء فان كان ممن لا يتصور منه كالمجبوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف ولو كان المشهود عليه خصيا أو عنينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما لقيام الآلة بخلاف المجبوب (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان كان ممن لا يقدر كالاخرس لا تقبل شهادتهم لان من الجائز أنه لو كان قادرا لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا أعمى قبلت شهادتهم لان الاعمى قادر على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا تعمدنا النظر الى فرجها لا تبطل شهادتهم لان أداء الشهادة لا بد له من التحمل ولا بد للتحمل من النظر الى عين الفرج ويباح لهم النظر اليها لقصد اقامة الحسبة كما يباح للطبيب لقصد المعالجة ولو قالوا نظرنا متكررا بطلت شهادتهم لانه سقطت عدالتهم والله تعالى أعلم (ومنها) اتحاد المشهود وهو أن يجمع الشهود الاربعة على فعل واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان أنه زنى في مكان كذا وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدين والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين لاختلاف المكانين وليس

على

على أحدهما شهادة الار بع ولا حد على الشهود أيضاً عند أصحابنا وعند زفر يحدون (وجه) قوله إن عدد الشهود قد انتقص لان كل فريق شهد بفعل غير الذى شهد به الفريق الآخر ونقصان عدد الشهود يوجب صيرورة الشهادة قذفا كما لو شهد ثلاثة بالزنا (ولنا) ان المشهود به لم يختلف عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم فى المكان فثبت بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا فى الزمان فشهد اثنان انه زنى بها فى يوم كذا واثنان فى يوم آخر ولو شهد اثنان انه زنى فى هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان انه زنى فى هذه الزاوية الاخرى منه يحد المشهود عليه لجواز ان ابتداء الفعل وقع فى هذه الزاوية من البيت وانتهاؤه فى زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيراً لا تقبل لانه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد أربعة بالزنا بامرأة فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان انها طاوعته لا حد على المرأة بالاجماع لان الحد لا يجب الا بالزنا طوعا ولم تثبت الطواعية فى حقها (وأما) الرجل فلا حد عليه أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يحد (وجه) قولهما ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الار بع الا أنه تفرد اثنان منهم باثبات زيادة الاكراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها مستكرهة ولابى حنيفة عليه الرحمة ان المشهود قد اختلف لان فعل المكره غير فعل من ليس بمكره فقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على احدهما شهادة الار بع فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد مر الكلام فيه فى اختلافهم فى المكان والزمان والله تعالى أعلم ثم الشهود اذا استجمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضى سألهم القاضى عن الزنا ماهو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا وبمن زنا اما السؤال عن ماهية الزنا فلانه يحتمل انهم أرادوا به غير الزنا المعروف لان اسم الزنا يقع على أنواع لا توجب الحد قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وأما السؤال عن الكيفية فلانه يحتمل انهم أرادوا به الجماع فيما دون الفرج لان ذلك يسمى جماعا حقيقة أو مجازا فانه لا يوجب الحد واما السؤال عن الزمان فلانه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقادم والتقادم يمنع قبول الشهادة بالزنا واما السؤال عن المكان فلانه يحتمل انه زنا فى دار الحرب أو فى دار البغى وانه لا يوجب الحد واما السؤال عن المزنى بها فلانه يحتمل ان تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سألهم القاضى عن هذه الجملة فوصفوا سأل المشهود عليه أهو محصن أم لا فان أنكر الاحصان وشهد على الاحصان رجلان أو رجل وامرأتان على الاختلاف سأل الشهود عن الاحصان ما هو لان له شرائط يجوز ان تخفى على الشهود فاذا وصفوا قضى بالرجم ولو شهدت بينة الاحصان انه جامعها أو باضعها صار محصنا لان هذا اللفظ فى العرف مستعمل فى الوطء فى الفرج ولو شهدوا انه دخل بها صار محصنا وهذا وقوله جامعها سواء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يصير محصنا (وجه) قوله ان هذا اللفظ يستعمل فى الوطء ويستعمل فى الزفاف فلا يثبت الاحصان مع الاحتمال ولهما ان الدخول بالمرأة فى عرف اللغة والشرع يراد به الوطء قال الله تعالى عز شأنه وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن حرم سبحانه وتعالى الربيبة بشرط الدخول بامها فعلم ان المراد من الدخول هو الوطء لانها تحرم بمجرد نكاح الام من غير وطء وذكر القاضى فى شرحه الاختلاف على القلب فقال على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يصير محصنا ما لم يصرح بالوطء وعلى قول محمد رحمه الله يصير محصنا ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد هو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهدا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الاقرار بالحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذى يعم الحدود كلها فمنها البلوغ فلا يصح اقرار الصبى فى شئ من الحد ولان سبب وجوب الحد لا بد وان يكون جناية وفعل الصبى لا يوصف بكونه جناية فكان اقراره كذبا محضاً ومنها النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة حتى ان الاخرس لو كتب الاقرار فى كتاب أو أشار اليه اشارة معلومة لا حد عليه لان الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهى ألا ترى انه لو أقر

بالوطء الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى الا بالصريح والكتابة والاشارة بمنزلة الكتابة فلا يوجب الحد واما البصر فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار الاعمى فى الحدود كلها كالبصير لان الاعمى لا يمنع مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح اقرار الرقيق والذمى والمرأة فى جميع الحدود وعند زفر رحمه الله لا يصح اقرار العبد بشئ من أسباب الحدود من غير تصديق المولى والكلام فى التصديق على نحو ما ذكرنا فى كتاب السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم (واما) الذى يخص البعض دون البعض فمنها عدد الاربع فى حد الزنا خاصة وهو ان يقر أربع مرات وهذا عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة ليس بشرط و يكتفى باقراره مرة واحدة (وجه) قوله ان الاقرار انما صار حجة فى الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء لان الاقرار اخبار والخبر لا يزيد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط فى سائر الحدود بخلاف عدد المثنى فى الشهادة لان ذلك يوجب زيادة ظن عليه فيها الا ان شرط العدد الاربع فى باب الزنا تعبداً فيقتصر على موضع التعبد (ولنا) ان القياس ما قاله الا انا تركنا القياس بالنص وهو ما روى ان ماعزاً جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقر بالزنا فاعرض عنه عليه الصلاة والسلام بوجهه الكريم هكذا الى الاربع فلو كان الاقرار مرة مظهراً للحد لما أخره رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه للامام لا يحتمل التأخير (واما) العدد فى الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط فى الاقرار بالسرقة والشرب والسكر قال أبو حنيفة رحمه الله ليس بشرط وقال أبو يوسف رحمه الله ان كلما يسقط بالرجوع فعدد الاقرار فيه كعدد الشهود وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان عند أبى يوسف يشترط الاقرار مرتين فى مكانين (وجه) قوله ان حد السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فتلزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما فى الزنا الا انه يكتفى ههنا بالمرتين و يشترط الاربع هناك استدلالا بالبينة لان السرقة والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار فى الاقرار لما ذكرنا انه اخبار والخبر لا يزداد بتكرار الخبر وانما عرفنا عدد الاربع فى باب الزنا بنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقر أربع مجالس واختلف المشايخ فى انه يعتبر مجالس القاضى أو مجالس المقر والصحيح انه يعتبر مجالس المقر وهكذا روى عن أبى حنيفة انه يعتبر مجالس المقر لانه عليه الصلاة والسلام اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد فى كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يختلف وقد روى عن أبى حنيفة فى تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضى ثم يجىء فيقر ثم يذهب هكذا أربع مرات ومنها ان يكون اقراره بين يدى الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار ماعز كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو أقر فى غير مجلس القاضى وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم لانه ان كان مقراً فالشهادة لغو لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكراً فالانكار منه رجوع والرجوع عن الاقرار فى الحدود الخالصة حقاً لله عز وجل صحيح والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الصحة فى الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر حتى لو كان سكران لا يصح اقراره اما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلان السكران من صار بالشرب الى حال لا يعقل قليلا ولا كثيرا فكان عقله زائلا مستورا حقيقة واما على أصلهما فلانه اذا غلب الهذيان على كلامه فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا لم تصح ردته فيورث ذلك شبهة فى وجوب الحد وليس بشرط فى الاقرار بالحدود والقصاص لان القصاص خالص حق العبد وللعبد حق فى حد القذف فيصح مع السكر كالاقرار بالمال وسائر التصرفات واذا صحا فان دام على اقراره تقام عليه الحدود كلها وان أنكر فالانكار منه رجوع فيصح فى الحدود الخالصة وهو حد الزنا والشرب والسرقة فى حق القطع ولا يصح فى القذف والقتل العمد والله تعالى أعلم ومنها ان يكون الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا منه فان كان لا يتصور كالمجبوب لم يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه لانعدام

الآلة و يصح اقرار الخصى والعنين لتصور الزنا منهما لتحقق الآلة والذى يجن و يفيق اذا أقر فى حال افاقته فهو مثل الصحيح لانه فى حال افاقته صحيح ومنها ان يكون المزنى به فى الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان لم يكن بان اقر رجل انه زنى بامرأة خرساء أو أقرت امرأة انها زنت باخرس لم يصح اقراره لان من الجائز انه لو كان يقدر على النطق لادعى النكاح أو أنكر الزنا ولم يدع شيأ فيندرئ عنه الحد لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى واما حضرة المزنى بها فى الاقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر انه زنى بامرأة غائبة أو شهد عليه الشهود بالزنا بامرأة غائبة صح الاقرار وقبلت الشهادة و يقام الحد على الرجل لان الغائب بالغيبة ليس الا الدعوى وانها ليست بشرط ولهذا رجم ماعز من غير شرط حضور تلك المرأة وكذلك العلم بالمزنى بها ثم اذا صح اقراره بالزنا بامرأة غائبة يعرفها فحضرت المرأة فلا يخلو اما ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد الاقامة فان حضرت بعد الاقامة فان أقرت بمثل ما أقر به الرجل تحد أيضا كما حد الرجل وان أنكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه لا يجب عليه حدان وقد أقيم أحدهما فلا يقام الآخر وان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل فان أنكرت الزنا وادعت النكاح أو لم تدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والعلم بالمزنى بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامرأة ولا أعرفها صح اقراره و يحد والعلم بالمشهود به شرط صحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل انه زنى بامرأة وقالوا لا نعرفها لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق ان المقر فى الاقرار على نفسه يبنى الامر على حقيقة الحال خصوصاً فى الزنا فكان اقراره اخباراً عن وجود الزنا منه حقيقة الا انه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة فاما الشاهد فانه بشهادته بنى الامر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن الوصول الى الحقيقة فقولهم لا نعرف تلك المرأة يورث شبهة لجواز انها امرأته أو امرأة له فيها شبهة حل أو ملك فهو الفرق والله تعالى أعلم واما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الاقرار بالحد اما فى حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط لقبول الشهادة فاولى ان لا يكون شرطاً لصحة الاقرار وكذلك فى حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله كما فى الشهادة (ولنا) الفرق بين الاقرار والشهادة وهو ان المانع فى الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد فى الاقرار لان الانسان غير متهم فى الاقرار على نفسه وكذا فى حد السرقة لما قلنا واما فى حد الشرب فشرط عندهما وعند محمد رحمه ليس بشرط بناء على ان قيام الرائحة شرط صحة الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعنده ليس بشرط ولو لم يتقادم العهد ولكن ريحها لا يوجد منه لم يصح الاقرار عندهما خلافاً له (وجه) قول محمد رحمه الله ان حد الشرب ليس بمنصوص عليه فى الكتاب والسنة وانما عرف باجماع الصحابة واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ولم يثبت فتواه عند زوال الرائحة فانه روى ان رجلا جاء بابن أخ له الى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله بئس ولى اليتيم أنت لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيرا ثم قال رضى الله عنه تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وأفتى رضى الله عنه بالحد عند وجود الرائحة ولم يثبت فتواه عند عدمها واذا لم يثبت فلا ينعقد الاجماع بدونه فلا يجب بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع ثم انما تعتبر الرائحة اذا لم يكن سكران فاما اذا كان سكران فلا لان السكر أدل على الشرب من الرائحة ولذلك لو جئ به من مكان بعيد لا تبقى الرائحة بالمجئ عن مثله عادة يحد وان لم توجد الرائحة للحال لان هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرائحة فيه والله تعالى أعلم واذا أقر انسان بالزنا عند القاضى ينبغى ان يظهر الكراهة أو يطرده وكذا فى المرة الثانية والثالثة هكذا فعل عليه الصلاة والسلام بماعز وكذا روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال اطردوا المعترفين أى بالزنا فاذا أقر أربعاً نظر فى حاله أهو صحيح العقل أم به آفة هكذا قال عليه الصلاة والسلام لماعز أبك خبل أم بك جنون و بعث الى قومه فسألهم عن حاله فاذا عرف انه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه وعن المزنى بها لما ذكرنا فى الشهادة

ولا يسأله عن الزمان لان السؤال عن الزمان لمكان احتمال التقادم والتقادم فى الاقرار وانما يقدح فى الشهادة و يجوز ان يسأل عن الزمان أيضاً لاحتمال أنه زنى فى حال الصغر فاذا بين ذلك كله سأله عن حاله أهو محصن أم لا لان حكم الزنا يختلف بالاحصان وعدمه فان قال أنا محصن سأله عن ماهية الاحصان انه ماهو لانه عبارة عن اجتماع شرائط لا يقدر عليها كل أحد فاذا بين رجمه وأما علم القاضى فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقة حتى لا يقضى بشئ من ذلك بعلمه لكنه يقضى بالمال فى السرقة لان القاضى يقضى بعلمه فى الاموال سواء علم بذلك قبل زمان القضاء ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أصحابنا وسواء علم بذلك معاينة بان رأى انساناً يزنى و يشرب و يسرق أو بسماع الاقرار به فى غير مجلسه الذى يقضى فيه بين الناس فان كان اقراره فى مجلس القضاء لزمه موجب اقراره اذ لو لم يقبل اقراره لاحتاج القاضى الى ان يكون معه جماعة على الاقرار فى كل حادثة واجماع الامة بخلافه والله تعالى أعلم و يظهر به حد القذف فى زمان القضاء ومكانه كالقصاص وسائر الحقوق والاموال بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا فى ظهور ذلك بعلمه فى غير زمان القضاء ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلائله فى كتاب آداب القاضى ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضى بالمال لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البدل ولا يثبت بالشبهة والمال يحتمل البدل والثبوت بالشبهة واما الخصومة فهل هى شرط ثبوت الحد بالشهادة والاقرار فلا خلاف فى انها ليست بشرط فى حد الزنا والشرب لانه خالص حق الله عز وجل والخصومة ليست بشرط فى الحدود الخالصة لله تعالى لانها تقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد ولا خلاف فى حد السرقة ان الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لان حد السرقة وان كان حق الله تعالى خالصاً لكن هذا الحق لا يثبت الا بعد كون المسروق ملكاً للمسروق منه ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفى كونها شرط الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه فى كتاب السرقة ولا خلاف أيضاً فى انها شرط الظهور بالشهادة على القذف والاقرار به اما على أصل الشافعى رحمه الله فلانه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى كما فى سائر حقوق العباد وعندنا حق الله تعالى عز شأنه وان كان هو المغلب فيه لكن للعبد فيه حق لانه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة واذا عرف ان الخصومة فى حد القذف شرط كون البينة والاقرار مظهرين فيه فيقع الكلام فى موضعين أحدهما فى بيان الاحكام التى تتعلق بالدعوى والخصومة والثانى فى بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التى هى حقها من باب الفضل والكرامة وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى وقال سبحانه وتعالى ولا تنسوا الفضل بينكم واذا رفع الى القاضى يستحسن للقاضى ان يقول قبل الاتيان بالبينة أعرض عن هذا لانه ندب الى الستر والعفو وكل ذلك حسن فاذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف فانكر ولا بينة للمدعى فاراد استحلافه بالله تعالى ماقذفه هل يحلف ذكر الكرخى عليه الرحمة انه لا يحلف عند أصحابنا خلافاً للشافعى رحمه الله وذكر فى أدب القاضى انه يحلف فى ظاهر الرواية عندهم واذا نكل يقضى عليه بالحد وقال بعضهم يحتمل ان يحلف فاذا نكل يقضى عليه بالتعزير لا بالحد وهذه الاقاويل ترجع الى أصل وهو ان عند الشافعى رحمه الله حد القذف خالص حق العبد فيجرى فيه الاستحلاف كما فى سائر حقوق العباد واما على أصل أصحابنا ففيه حق الله تعالى عز وجل وحق العبد فمن قال منهم انه يحلف .ويقضى بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فالحقه فى التحليف بالتعزير ومن قال منهم انه لا يحلف أصلاً اعتبر حق الله سبحانه وتعالى فيه لانه المغلب فالحقه بسائر حقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة والجامع ان المقصود من الاستحلاف هو النكول وانه على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة بدل والحد لا يحتمل البدل وعلى أصلهما اقرار فيه شبهة العدم لانه ليس بصريح اقرار بل هو اقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ومن قال منهم انه يحلف و يقضى عليه بالتعزير عند النكول

دون الحد اعتبر حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير واعتبر حق الله سبحانه وتعالى للمنع من اقامة الحد عند النكول كسائر الحدود ومثل هذا جائز كحد السرقة انه يجرى فيه الاستحلاف ولا يقضى عند النكول بالحد ولكن يقضى بالمال وكما قال أبو يوسف ومحمد عليهما الرحمه فى القصاص فى الطرف والنفس انه يحلف وعند النكول لا يقضى بالقصاص بل بالدية على ماعرف وان قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر على قذفه يحبس المدعى عليه القذف الى قيام الحاكم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة أى يقال للمدعى لازمه الى هذا الوقت فان أحضر البينة فيه والا خلى سبيله ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ منه الكفيل وهذا بناء على أن الكفالة فى الحدود غير جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله حيث قال فى الكتاب ولا كفالة فى حد ولا قصاص وعندهما يكفل ثلاثة أيام وذكر الجصاص فى تفسير قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان معناه لا يؤخذ الكفيل فى الحدود والقصاص جبرا فاما اذا بذل من نفسه وأعطى الكفيل فهو جائز بالاجماع وظاهر اطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده لان كلمة النفى اذا دخلت على الافعال الشرعية يراد بها نفى الجواز من الاصل كما فى قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بطهور ولا نكاح الا بشهود ونحو ذلك (وجه) قولهما ان الحبس جائز فى الحدود فالكفالة أولى لان معنى الوثيقة فى الحبس أبلغ منه فى الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة أحق بالجواز ولابى حنيفة رحمه الله ان الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والاسقاط قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة بخلاف الحبس فان الحبس للتهمة مشروع روى انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وقد ثبتت التهمة فى هذه المسئلة بقوله لى بينة حاضرة فى المصر فجاز الحبس فاذا أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضى أى لم تظهر عدالتهما بعد الحبس فلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل وان أقام شاهدا أواحدا عدلا حبس عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحبس و يؤخذ منه كفيل (وجه) قولهما ان الحق لا يظهر بقول الواحد وان كان عدلا فالحبس من أين بخلاف الشاهدين فان سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال عدد الحجة الا ان توقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فثبتت الشبهة فيحبس (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قول الشاهد الواحد وان كان لا يوجب الحق فانه يوجب التهمة وحبس المتهم جائز ولو قال المدعى لا بينة لى أو بينتى غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالاجماع لعدم التهمة فان قامت البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فان القاضى يقول له أقم البينة على صحة قذفك فان أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على اقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف و يقام حد الزنا على المقذوف وان عجز عن اقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان طلب التأجيل من القاضى وقال شهودى غيب أو خارج المصر لم يؤجله ولو قال شهودى فى المصر أجله الى آخر المجلس ولازمه المقذوف و يقال له ابعث أحدا الى شهودك فأحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يؤجل يومين أو ثلاثة و يؤخذ منه الكفيل (وجه) قولهما انه يحتمل ان يكون صادقا فى اخباره ان له بينة فى المصر وربما لا يمكنه الاحضار فى ذلك الوقت فيحتاج الى التأخير الى المجلس الثانى وأخذ الكفيل لئلا يفوت حقه عسى ولابى حنيفة رحمه الله ان فى التأجيل الى آخر المجلس الثانى منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز بخلاف التأخير الى آخر المجلس لان ذلك القدر لا يعد تأجيلا ولا منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وروى عن محمد رحمه الله انه اذا ادعى ان له بينة حاضرة فى المصر ولم يجد أحدا يبعثه الى الشهود فان القاضى يبعث معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يفرفان لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقالته قبلت بينته وسقطت بقية الجلدات ولا تبطل شهادته و يقام حد الزنا على المقذوف كما لو أقامها قبل ان يضرب الحد أصلا ولو ضرب الحد بتمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بينته و يظهر أثر القبول فى جواز شهادة القاذف وان لا يصير مردود الشهادة لانه تبين انه لم يكن

محدوداً فى القذف حقيقة حيث تبين ان المقذوف لم يكن محصناً لان من شرائط الاحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصر القاذف مردود الشهادة ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة فى اقامة حد الزنا على المقذوف لان معنى القذف قد تقرر باقامة الحد على القاذف ولو قذف رجلا فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف ان ام المقذوف امة أو نصرانية والمقذوف يقول هى حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف اقامة البينة على الحرية والاسلام وكذلك لو قذف انسانا فى نفسه ثم ادعى القاذف ان المقذوف عبد فالقول قول القاذف وكذلك لو قال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المقذوف أنت حر فالقول قول القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام دار الاحرار لكن الظاهر لا يصلح للالزام على الغير فلا بد من الاتيان بالبينة وروى عن أبى يوسف فيمن قذف أم رجل فان كان القاضى يعرف أمه حرة مسلمة جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضى أولى لانه فوق البينة لان الحرية والاسلام من شرائط الاحصان والاحصان شرط الوجوب والقاضى يقضى بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلان يقضى بعلمه بشرط الوجوب أولى فان لم يعلم القاضى حبسه فى السجن حتى يأتى بالبينة لانه ظهر منه القذف وانه يوجب العقوبة سواء كان المقذوف أمه حرة أو أمة فجاز ان يستوثق منه بالحبس وان لم تقم بينته أخذ منه كفيلا أو أخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه فاما على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لان التعزير من القاضى حكم بابطال احصان المقذوف لان قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا فى مكان القذف أو زمانه بان شهد أحدهما انه قذف فى مكان كذا وشهد الآخر انه قذف فى مكان آخر أو شهد أحدهما انه قذف يوم الخميس وشهد الآخر انه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما انهما شهدا بقذفين مختلفين لان القذف فى هذا المكان والزمان يخالف القذف فى مكان آخر و زمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذى شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولابى حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز انه كرر القذف الواحد فى مكانين وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار والاعادة والمعاد عين الاول حكما وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين وان اتفقا فى المكان والزمان واختلفا فى الانشاء والاقرار بأن شهد أحدهما انه قذفه فى هذا المكان يوم الجمعة وشهد الآخر انه قذفه فى هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه فى قولهم جميعاً استحسانا والقياس أن تقبل ويحد (وجه) القياس ان اختلاف كلامهما فى الانشاء والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد أحدهما بانشاء البيع والآخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الانشاء مع الاقرار أمران مختلفان حقيقة لان الانشاء اثبات أمر لم يكن والاقرار اخبار عن أمر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفا وليس على أحدهما شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامرأته زنيت قبل ان أتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا قبل ان أتزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زنيت انشاء القذف فكان قاذفا لها للحال وهى للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وهى كانت أجنبية قبل التزوج وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المقذوف لا يخلو اما ان يكون حيا وقت القذف واما ان يكون ميتاً فان كان حيا فلا خصومة لاحد سواه وان كان ولده أو والده وسواء كان حاضراً أو غائباً لانه اذا كان حيا وقت القذف كان هو المقذوف صورة ومعنى بالحاق العار به فكان حق الخصومة له وهل تجوز الانابة فى هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف أصحابنا فيه عندهما يجوز وقال أبو يوسف

لا يجوز والمسئلة مرت فى كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والمراد بذلك ان حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء عندنا وعنده ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته على أن هذا الحد عنده حد المقذوف على الخلوص فتجرى فيه النيابة فى الاثبات والاستيفاء جميعا (ولنا) ان الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة لجواز انه لو كان حاضر الصدق القاذف فى قذفه والحدود لا تستوفى مع الشبهات ولو كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد عندنا خلافا للشافعى بناء على ان حد القذف لا يورث عندنا وعنده يورث وستأتى المسئلة فى موضعها هذا اذا كان حيا وقت القذف (وأما) اذا كان ميتا فلا خلاف فى أن لولده ذكرا كان أو أنثى ولابن ابنه وبنت ابنه وان سفلوا ولوالده وان علا ان يخاصم القاذف فى القذف لان معنى القذف هو الحاق العار بالمقذوف والميت ليس بمحل لالحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعا اليه بل الى فروعه وأصوله لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية وقذف الانسان يكون قذفا لاجزائه فكان القذف بهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم بخلاف ما اذا كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف أضيف اليه وهو كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى بالحاق العار به فانعقد القذف موجبا حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف فى أن الاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية فالقذف لا يتناولهم لا صورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولاية الخصومة لان القذف لم يتناوله صورة ومعنى بالحاق العار به واختلف أصحابنا رضى الله عنهم فى أولاد البنات انهم هل يملكون الخصومة عندهما يملكون وعند محمد لا يملكون (وجه) قوله ان ولد البنت ينسب الى أبيه لا الى جده فلم يكن مقذوفا معنى بقذف جده (ولهما) أن معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة بواسطة أمه فصار مقذوفا معنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه الترتيب بتقديم الاقرب على الابعد قال أصحابنا رضى الله عنهم الثلاثة لا يراعى والاقرب والابعد سواء فيه حتى كان لابن الابن ان يخاصم فيه مع قيام الابن الصلبى وعند زفر رحمه الله يراعى فيه الترتيب وتثبت للاقرب فالاقرب وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لالحاق العار بالمخاصم ولا شك ان عار الاقرب يزيد على الابعد فكان أولى بالخصومة (ولنا) ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث على معنى انه يثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتداء لا بطريق الانتقال من الميت اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت خرج عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعى فيه الاقرب والابعد وكذا لا يراعى فيه احصان المخاصم بل الشرط احصان المقذوف عند أصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد أو الوالد عبدا أو ذميا فله حق الخصومة وقال زفر رحمه الله احصان المخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر أن يخاصم (وجه) قوله أن اثبات حق الخصومة له لصيرورته مقذوفا معنى باضافة القذف الى الميت ولو أضيف اليه القذف ابتداء لا يجب الحد فههنا أولى (ولنا) ان الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق عار كامل بالمقذوف وان كان الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للحوق عار كامل به وقد لحقه بدونه ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله ان يخاصم لما ذكرنا ان هذا الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل أم ابنه وهى ميتة فليس للولد ان يخاصم أباه لان الاب لو قذف ولده وهو حى محصن ليس للولد ان يخاصم أباه تعظيما له ففى قذف الام الميتة أولى وكذلك المولى اذا قذف أم عبده وهى حرة ميتة فليس للعبد أن يخاصم مولاه فى القذف لانه عبد مملوك لا يقدر على شىء والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفات الحدود فنقول وبالله التوفيق لا خلاف فى حد الزنا والشرب والسكر والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والابراء بعد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجرى

فيه التداخل حتى لو زنا مرارا أو شرب الخمر مرارا أو سكر مرارا لا يجب عليه الا حد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق فحد ثم زنا أو شرب أو سرق يحد ثانيا لانه تبين أن المقصود لم يحصل وكذا اذا سرق سرقات من أناس مختلفة فخاصموا جميعا فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام في الضمان نذكره في كتاب السرقة ان شاء الله تعالى (وأما) حد القذف اذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والابراء والصلح وكذلك اذا عفا المقذوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك وعند الشافعي رحمه الله يصح ذلك كله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وكذا يجري فيه التداخل عندنا حتى لو قذف انسانا بالزنا بكلمة أو قذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه الا حد واحد سواء حضروا جميعا أو حضر واحد وقال الشافعي رحمه الله اذا قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف آخر ضرب السوط الآخير فقط عندنا وعنده يضرب السوط الاخير للاول وثمانين سوطا أخر للثاني ولو قذف رجلا فحد ثم قذف آخر يحد للثاني بلا خلاف وكذا هذا الحد لا يورث عند أصحابنا رضي الله عنهم وعندهم يورث ويقسم بين الورثة على فرائض الله عز شأنه في قول وفي قول يقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام في هذا الفرع بناء على أصل مختلف بيننا وبينه وهو أن حد القذف خالص حق الله سبحانه وتعالى أو المغلب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق العبد أو المغلب حق العبد (وجه) قوله أن سبب وجوب هذا الحد هو القذف والقذف جناية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه حقه بدليل ان بدل نفسه حقه وهو القصاص في العمد أو الدية في الخطا فكان البدل حقه والجزاء الواجب على حق الانسان حقه كالقصاص والدليل عليه أنه يشترط فيه الدعوى والدعوى لا تشترط في حقوق الله تبارك وتعالى كسائر الحقوق الا أنه لم يفوض استيفاؤه الى المقذوف لاجل التهمة لان ضرب القذف أخف الضربات في الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فربما يقيمه على وجه الشدة لما لحقه من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاؤه الى الامام دفعا للتهمة لا لانه حق الله تعالى عز شأنه (ولنا) أن سائر الحدود انما كانت حقوق الله تبارك وتعالى على الخلوص لانها وجبت لمصالح العامة وهي دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا وجب لصيانة الابضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال والانفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة الانفس والاموال والابضاع في الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر وكل جناية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها يعود الى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص تأكيدا للنفع والدفع كيلا يسقط باسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود في حد القذف لان مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود الا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف وهذا لا ينفي كونه حقا لله تعالى عز شأنه على الخلوص كحد السرقة أنه خالص حق الله عز شأنه وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطا ثم نقول انما شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى عز اسمه لان المقذوف يطالب القاذف ظاهرا وغالبا دفعا للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة ولان حقوق العباد تجب بطريق المماثلة اما صورة ومعنى واما معنى لا صورة لانها تجب بمقابلة المحل جبرا والجبر لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يعتبر فيها المماثلة لانها تجب جزاء للفعل كسائر الحدود (ولنا) أيضا دلالة الاجماع من وجهين أحدهما أن ولاية الاستيفاء للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء له كما في القصاص (والثاني) أنه يتنصف برق القاذف

وحق الله تعالى هو الذى يحتمل التنصيف بالرق لا حق العبد لان حقوق الله تعالى تجب جزاء للفعل والجزاء يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها والجناية تتكامل بكمال حال الجانى وتنتقص بنقصان حاله فاما حق العبد فانه يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجانى واذا ثبت ان حد القذف حق الله تعالى خالصا أو المغلب فيه حقه فنقول لا يصح العفو عنه لان العفو انما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لان الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجرى فيه الارث لان الارث انما يجرى فى المتروك من ملك أو حق للمورث على ما قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فهو لورثته ولم يوجد شئ من ذلك فلا يورث ولا يجرى فيه التداخل لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب فى حد الزنا اذا لم يكن الزانى محصنا مائة جلدة ان كان حرا وان كان مملوكا فخمسون لقوله عز شأنه فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان العقوبة على قدر الجناية والجناية تزداد بكمال حال الجانى وتنتقص بنقصان حاله والعبد أنقص حالا من الحر لاختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته أنقص ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لان الحكم يثبت على قدر العلة هذا أمر معقول الا أن التنقيص بالتنصيف فى غيره من المقادير ثبت شرعا بقوله تعالى جل شأنه فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وفى حد الشرب والسكر والقذف ثمانون فى الحر وأربعون فى العبد لما قلنا وفى حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تبارك وتعالى السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة فى شئ من الحدود والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز اقامتها فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض أما الذى يعم الحدود كلها فهو الامامة وهو أن يكون المقيم للحد هو الامام أو من ولاه الامام وهذا عندنا وعند الشافعى هذا ليس بشرط وللرجل أن يقيم الحد على مملوكه اذا ظهر الحد عنده بالاقرار أربعا عندنا ومرة عنده وبالمعاينة بان رأى عبده زنى بأجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بأن شهدوا عنده والمولى من أهل القضاء فله فيه قولان وكذا فى اقامة المرأة الحد على مملوكها واقامة المكاتب الحد على عبد من اكسابه له فيه قولان احتج بما روى عن سيدنا على رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وهذا نص وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا زنت أمة احدكم فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليبعها ولو بضفير أى بحبل وهذا أيضا نص فى الباب ولان السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته ألا ترى أنه يملك الاقرار عليه بالدين ويملك عليه التصرفات والامام لا يملك شيأ من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان فالمولى أولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد (ولنا) أن ولاية اقامة الحدود ثابتة للامام بطريق التعيين والمولى لا يساويه فيما شرع له بهذه الولاية فلا يثبت له ولاية الاقامة استدلالا بولاية انكاح الصغار والصغائر لأنها لما ثبتت للاقرب لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الابعد وبيان ذلك أن ولاية اقامة الحد انما ثبت للامام لمصلحة العباد وهى صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم لان القضاة يمتنعون من التعرض خوفا من اقامة الحد عليهم والمولى لا يساوى الامام فى هذا المعنى لان ذلك يقف على الامامة والامام قادر على الاقامة لشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهرا وجبرا ولا يخاف تبعة الجناة واتباعهم لانعدام المعارضة بينهم وبين الامام وتهمة الميل والمحاباة والتوانى عن الاقامة منتفية فى حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين وأما المولى فربما يقدر على الاقامة نفسها وربما لا يقدر لمعارضة العبد اياه ولانه رقبانى مثله يعارضه فيمنعه عن الاقامة خصوصا عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد اقامة الحد عليه ان يأخذ بعض أمواله ويقصد اهلاكه ويهرب منه فيمتنع عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم

وقد لا يقيم لما فى الاقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة أو يخاف سراية الجلدات الى الهلاك والمرء مجبول على حب المال ولو أقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت أن المولى لا يساوى الامام فى تحصيل ما شرع له اقامة الحد فلا يزاحمه فى الولاية بخلاف التعزير من وجهين أحدهما أن التعزير هو التغيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعبيس الوجه وقد يكون بضرب أسواط على حسب الجناية وحال الجانى لما نذكره فى موضعه والمولى يساوى الامام فى هذا لانه من باب التأديب فله قدرة التأديب والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه فالمولى أيضاً لا يمتنع عن هذا القدر من الايلام لانه لا يوجب نقصاناً فى مالية العبد ولا تعييباً فيه بخلاف الحد والثانى أن فى التعزير ضرورة ليست فى الحد لان أسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى الى ان يعزر مملوكه فى كل يوم وفى كل ساعة وفى الرفع الى الامام فى كل حين وزمان حرج عظيم على الموالى ففوضت اقامة الحد الى الموالى شرعاً أو صار المولى مأذوناً فى ذلك من جهة الامام دلالة وصار نائباً عن الامام فيه ولا حرج فى الحد لانه لا يكثر وجوده لانعدام كثرة أسباب وجوبه وأما الحديثان فيحتمل أن يكون خطاباً بالقوم معلومين علم عليه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحى انهم يقيمون الحدود من غير تقصير مثل الامير والسلطان ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للائمة فى حق عبيدهم والتخصيص للترغيب فى اقامة الحد لما أن الائمة والسلاطين لا يباشرون الاقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها الى الحكام والمحتسبين وقد يجىء منهم فى ذلك تقصير ويحتمل الاقامة بطريق التسبب بالسعى لرفع ذلك الى الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم فى الاقامة لاحتمال الميل والتقصير فى ذلك ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور فى الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال والله تعالى أعلم وللامام أن يستخلف على اقامة الحدود لانه لا يقدر على استيفاء الجميع بنفسه لان أسباب وجوبها توجد فى أقطار دار الاسلام ولا يمكنه الذهاب اليها وفى الاحضار الى مكان الامام حرج عظيم فلو لم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يجعل الى الخلفاء تنفيذ الاحكام واقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيص وتولية أما التنصيص فهو أن ينص على اقامة الحدود فيجوز للخليفة اقامتها بلا شك وأما التولية فعلى ضربين عامة وخاصة فالعامة هى أن يولى رجلا ولاية عامة مثل امارة اقليم أو بلد عظيم فيملك المولى اقامة الحدود وان لم ينص عليها لانه لما قلده امارة ذلك البلد فقد فوض اليه القيام بمصالح المسلمين واقامة الحدود معظم مصالحهم فيملكها والخاصة هى ان يولى رجلا ولاية خاصة مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك اقامة الحدود لان هذه التولية لم تتناول اقامة الحدود ولو استعمل أمير على الجيش الكبير فان كان أمير مصر أو مدينة فغزا بجنده فانه يملك اقامة الحدود فى معسكره لانه كان يملك الاقامة فى بلده فاذا خرج بأهله أو ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج وأما من أخرجه أمير البلد غازياً فانما كان يملك اقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض اليه الاقامة فلا يملك الاقامة والامام العدل له ان يقيم الحدود وينفذ القضاء فى معسكره كما له ان يفعل ذلك فى المصر لان للامام ولاية على جميع دار الاسلام ثابتة وكذا اذا استعمل قاضياً له أن يفعل ذلك فى المعسكر لانه نائب الامام والله تعالى أعلم وأما الذى يخص البعض دون البعض فمنها البداية من الشهود فى حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع الشهود عن البداية أو ماتوا أو غابوا كلهم أو بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف استحساناً وروى عن أبى يوسف رواية أخرى انها ليست بشرط ويقام الرجم على المشهود عليه وهو قول الشافعى رحمه الله وهو القياس وجه القياس ان الشهود فيما وراء الشهادة وسائر الناس سواء ثم لا تشترط البداية من أحد منهم فكذا من الشهود ولان الرجم أحد نوعى الحد فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا فى الرجم (ولنا) ماروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال يرجم الشهود أولا ثم الامام ثم الناس وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى

الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان فى اعتبار الشرط احتياطا فى درء الحد لان الشهود اذا بدؤا بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لانا انما عرفنا البداية شرطا استحسانا بالاثر فيسقط الحد عليه والاثر ورد فى الرجم خاصة فيبقى أمر الجلد على أصل القياس ولان الجلد لا يحسنه كل أحد فقوض استيفاؤه الى الائمة بخلاف الرجم والله تعالى أعلم ومنها أهلية اداء الشهادة للشهود عند الاقامة فى الحدود كلها حتى لو بطلت الاهلية بالفسق أو الردة أو الجنون أو العمى أو الخرس أو حد القذف بان فسق الشهود أو ارتدوا أو جنوا أو عموا أو خرسوا أو ضربوا حد القذف كلهم أو بعضهم لا يقام الحد على المشهود عليه لان اعتراض أسباب الجرح على الشهادة عند امضاء الحد بمنزلة اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند القضاء يبطل الشهادة فكذا عند الامضاء فى باب الحدود عن القضاء وأما موت الشهود وغيبتهم عند الاقامة فلا يمنعان من الاقامة فى سائر الحدود الا الرجم حتى لو ماتوا كلهم أو غابوا كلهم أو بعضهم يقام الحد على المشهود عليه الا الرجم لانهما ليسا من اسباب الجرح لان أهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تتناهى وتتقرر وتختم بها العدالة على وجه لا يحتمل الجرح وفى حد الرجم انما يمنعان الاقامة لا لانهما يجرحان فى الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط جواز الاقامة ولم توجد وروى عن محمد فى الشهود اذا كانوا مقطوعين الايدى أو بهم مرض لا يستطيعون الرمى ان الامام يرمى ثم الناس وجعل قطع اليد أو المرض عذرا فى فوات البداية ولم يجعل الموت عذرا فيه وان ثبت الرجم بالاقرار يبدأ به الامام ثم الناس والله تعالى أعلم ومنها أن لا يكون فى اقامة الجلدات خوف الهلاك لان هذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا فلا يجوز الاقامة فى الحر الشديد والبرد الشديد لما فى الاقامة فيهما من خوف الهلاك ولا يقام على مريض حتى يبرأ لانه يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى ينقضى النفاس لان النفاس نوع مرض ويقام على الحائض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم فى هذا كله الا على الحامل لان ترك الاقامة فى هذه الاحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حد مهلك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على الحامل لان فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب فى عضو واحد لانه يفضى الى تلف ذلك العضو أو الى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب على جميع الاعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين الا الوجه والفرج والرأس لان الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والرأس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض الحواس وفيه اهلاك الذات من وجه وقال أبو يوسف رحمه الله ايضا لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس سوطا أو سوطين أما الصدر والبطن فلان فيه خوف الهلاك وأما الرأس فلقول سيدنا عمر رضى الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا والجواب ان الحديث ورد فى قتل أهل الحرب خصوصا قوما كانوا بالشام يحلقون أوساط رؤسهم ثم تفريق الضرب على الاعضاء مذهبنا وقال الشافعى عليه الرحمة يضرب كله على الظهر وهذا ليس بسديد لان المأمور به هو الجلد وانه مأخوذ من ضرب الجلد والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تمزيق الجلد لا يمكن الضرب على الجلد بعد ذلك ولان فى الجمع على عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما كيفية اقامة الحدود فاما حد الرجم فلا ينبغى ان يربط المرجوم بشئ ولا ان يمسك ولا ان يحفر له اذا كان رجلا بل يقام قائما لان ماعزا لم يربط ولم يمسك ولا حفر له ألا يرى أنه روى أنه هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة ولو ربط أو مسك أو حفر له لما قدر على الهرب وان كان المرجوم امرأة فان شاء الامام حفر لها وان شاء لم يحفر أما الحفر فلانه أستر لها وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام حفر للمرأة الغامدية

الى ثندوتها وأخـذ حصاة مثل الحمصة ورماها بها وحفر سيدنا على رضى الله عنه لسراحة الهمذانيـة الى سرتها وأما ترك الحفر فلان الحفر للستر وهى مستورة بثيابها لانها لا تجرد عند اقامة الحـد ولا بأس لكل من رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حد مهلك فما كان أسرع الى الهلاك كان أولى الا اذا كان الرامى ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم من غير ضرورة لان غيره يكفيه و يغنيه وقد روى أن حنظلة غسيل الملائكة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل أبيه أبى عامر وكان مشركا فنهاه عليه الصلاة والسلام عن ذلك وقال دعه يكفيك غيرك وأما حد الجلد فاشد الحدود ضربا حد الزنا ثم حـد الشرب ثم حد القذف لان جناية الزنا اعظم من جناية الشرب والقـذف اما من جناية القذف فلا شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما من جناية الشرب فلان قبح الزنا ثبت شرعا وعقلا وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعا لا عقلا ولهذا كان الزنا حراما فى الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح عند ضرورة المخمصة والاكراه ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق وكذا وجوب الجلد فى الزنا ثبت بنص الكتاب العزيز المكنون ولا نص فى الشرب وانما استخرجه الصحابة الكرام رضى الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون وقال سبحانه وتعالى جـل شأنه فى حد الزنا ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله قيـل فى التأويل أى بتخفيف الجلدات وانما كان ضرب القذف أخف الضرب لوجهين أحدهما أن وجوده ثبت بسبب متردد لان القاذف يحتمل أن يكون صادقا فى قذفه ولا حد عليه والثانى انه انضاف اليه رد الشهادة على التأبيد فجرى فيه نوع تخفيف ويضرب قائما ولا يمد على العقابين ولا على الارض كما يفعل فى زماننا لانه بدعة بل يضرب قائما ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان المد بعـد الضرب بمنزلة ضربة أخرى فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجلاد يده الى ما فوق رأسه لانه يخاف فيـه الهلاك أو تمزيق الجلد ولا يضرب بسوط له ثمرة لان اتصال الثمرة بمنزلة ضربة أخرى فيصير كل ضربة بضربتين فيكون زيادة على القـدر المشروع وينبغى أن يكون الجلاد عاقلا بصيرا بأمر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذى لا يوجـد فيه مس ويجرد الرجل فى حد الزنا ويضرب على ازار واحـد لانه أشد الحـدود ضربا ومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفى حد الشرب يجرد أيضا فى الرواية المشهورة وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يجرد وجـه هذه الرواية أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا فـلا بد من اظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة أنه قد جرى التخفيف فيه مرة فى الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصـل المقصود من الحد وهو الزجر ولا يجرد فى حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى فيه التخفيف بترك التجريد كما روعى فى أصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب لا تردد فيه وأما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والفرو فى الحدود كلها لانها عورة وتضرب قاعدة لان ذلك أستر لها ويفرق الضرب فى الاعضاء كلها لما ذكرنا لان الجمع فى عضو واحد يقع اهلاكا للعضو أو تمزيقا أو تخريقا للجلد وكل ذلك ليس بمشروع فيفرق على الاعضاء كلها الا الوجه والمذاكير والرأس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا يقام شىء من ذلك فى المسجد لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال لا تقام الحـدود فى المساجد وهذا نص فى الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفى اقامة الحـدود فيه ترك تعظيمه يؤيده أن نهينا عن سل السيوف فى المساجد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم وأشريتكم وسل سيوفكم تعظيما للمسجد ومعلوم ان سـل السيف فى ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما كره ذلك فلان يكره هـذا أولى ولان اقامة الحدود فى المسجد لا تخلو عن تلويثه فتجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغى أن تقام الحـدود كلها فى ملأ من النـاس لقوله تبارك وتعالى عز اسمه وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والنص وان ورد فى حـد الزنا لـكن النص الوارد فيه يكون واردا فى سائر الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة وذلك

لا يحصل الا وان تكون الاقامة على رأس العامة لان الحضور ينزجرون بأ نفسهم بالمعاينة والغيب ينزجرون باخبار الحضور فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع الجلاد من المجاوزة عن الحد الذى جعل له لانه لو جاوز لمنعه الناس عن المجاوزة وفيه أيضا دفع التهمة والميل فلا يتهمه الناس أن يقيم الحد عليه بلا جرم سبق منه والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر لانه يحتمل أن يكون صادقا فى الرجوع وهو الانكار ويحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا فى الانكار يكون كاذبا فى الاقرار وان كان كاذبا فى الانكار يكون صادقا فى الاقرار فيورث شبهة فى ظهور الحد والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد روى أن ماعزا لما أقر بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال عليه الصلاة والسلام لتلك المرأة أسرقت قولى لا ما اخالك سرقت وكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام تلقينا للرجوع فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى وهذا هو السنة للامام اذا أقر انسان عنده بشىء من أسباب الحدود الخالصة ان يلقنه الرجوع درأ للحد كما فعل عليه الصلاة والسلام فى الزنا والسرقة وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد امضاء بعض الجلدات أو بعض الرجم وهو حى بعد لما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا وقد يكون دلالة بان أخذ الناس فى رجمه فهرب ولم يرجع أو أخذ الجلاد فى الجلد فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له لان الهرب فى هذه الحالة دلالة الرجوع وروى أنه لما هرب ماعز ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا خليتم سبيله دل أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار بالاحصان حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان يسقط عنه الرجم ويجلد لان الاحصان شرط صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقى الزنا فيجب الجلد وأما الرجوع عن الاقرار بالقذف فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره ومنها تصديق المقذوف القاذف فى القذف لانه لما صدقه فقد ظهر صدقه فى القذف ومن المحال أن يحد الصادق على الصدق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار الزنا وشينه عن المقذوف ولما صدقه فى القذف فقد التزم العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة ومنها تكذيب المقذوف المقر فى اقراره بالقذف بأن يقول له انك لم تقذفنى بالزنا لانه لما كذبه فى القذف فقد كذب نفسه فى الدعوى والدعوى شرط ظهور هذا الحد (ومنها) تكذيب المقذوف حجته على القذف وهى البينة بأن يقول بعد القضاء بالحد قبل الامضاء شهودى شهدوا بزور لانه يحتمل أن يكون صادقا فى التكذيب فثبت الشبهة ولا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة (ومنها) تكذيب المزنى بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد عليه بأن قال رجل زنيت بفلانة فكذبته وأنكرت الزنا وقالت لا أعرفك ويسقط الحد عن الرجل وهذا قولهما وقال محمد لا يسقط كذا ذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف وذكر القاضى فى شرحه قول أبى يوسف مع قول محمد (وجه) قوله ان زنا الرجل قد ظهر باقراره وامتناع الظهور فى جانب المرأة لمعنى يخصها وهو انكارها فلا يمنع الظهور فى جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا بالفاعل والمحل فاذا لم يظهر فى جانبها امتنع الظهور فى جانبه هذا اذا أنكرت ولم تدع على الرجل حد القذف فان ادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا كذبته ولم تدع النكاح (فأما) اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه يسقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها للشبهة لاحتمال أن تكون صادقة فى دعوى النكاح فتمكنت الشبهة فى وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها الحد تعدى الى جانب الرجل فسقط عنه وعليه المهر لان الوطء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة الحد على الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب فى الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم توجد وعلى هذا اذا أقرت المرأة

بالزنا مع فلان فأنكر الرجل وكذبها أوادعى النكاح على الاتفاق والاختلاف ولو أقر الرجل بالزنا بفلانة فادعت المرأة الاستكراه يحد الرجل بالاتفاق فرق بين هذا و بين الاول (ووجه) الفرق ان المرأة فى الفصل الاول أنكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى الى جانب الآخر وههنا أقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة لمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا يتعدى الى جانب الرجل والدليل على التفرقة بينهما انا لو تيقنا بالاكراه يقام الحد على الرجل بالاجماع ولو تيقنا بالنكاح فى الفصل الاول لا يقام الحد على الرجل والله تعالى أعلم (ومنها) رجوع الشهود بعد القضاء قبل الامضاء لان رجوعهم يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد ذكرنا الاحكام المتعلقة برجوع الشهود فى باب الحدود كلهم أو بعضهم قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد الامضاء بما فيه من الاتفاق والاختلاف فى كتاب الرجوع عن الشهادات (ومنها) بطلان أهلية شهادتهم بعد القضاء قبل الامضاء بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم (ومنها) موتهم فى حد الرجم خاصة فى ظاهر الرواية لما ذكرنا أن البداية بالشهود شرط جواز الاقامة وقد فات بالموت على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة (وأما) اعتراض ملك النكاح أو ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامرأة ثم تزوجها أو بجارية ثم اشتراها عن أبى حنيفة رضى الله عنه فيه ثلاث روايات روى محمد رحمه الله عنه أنه لا يسقط وهو قول أبى يوسف ومحمد وروى أبو يوسف عنه أنه يسقط وروى الحسن عنه أن اعتراض الشراء يسقط واعتراض النكاح لا يسقط (وجه) رواية الحسن أن البضع لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل أنها اذا وطئت بشبهة كان العقر لها والعقر بدل البضع والبدل انما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفاء منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة و بضع الامة يصير مملوكا للمولى بالشراء ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فيورث شبهة فصار كالسارق اذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الامضاء (وجه) رواية أبى يوسف أن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح فى حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة كالسارق اذا ملك المسروق (وجه) رواية محمد رحمه الله ان الوطء حصل زنا محضا لمصادفته محلا غير مملوك له فحصل موجبا للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطا لاقتصاره على حالة ثبوته لانه يثبت بالنكاح والشراء وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به الى وقت وجود الوطء فبقى الوطء خاليا عن الملك فبقى زنا محضا موجبا للحد بخلاف السارق اذا ملك المسروق لان هناك وجد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة لان الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من أن يكون خصما بملك المسروق لذلك افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب جارية فزنا بها فماتت روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان عليه الحد وقيمة الجارية وروى الحسن عنهما ان عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخى ان هذا أصح الروايتين (وجه) رواية أبى يوسف ان الضمان لا يجب الا بعد هلاك الجارية وهى بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمتنع وجوب الحد (وجه) رواية الحسن ان الضمان لا يجب بعد الهلاك وانما يجب فى آخر جزء من أجزاء الحياة وهى محتملة للملك فى ذلك الوقت فيستند الى وقت وجود السبب ولان حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصوداً بمبادلة مقصودة والملك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فى عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك فى الميت وأنه يمنع وجوب الحد ولو غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية لان ملك الضمان فى الحرة لا يوجب ملك المضمون لان المحل لا يحتمل التملك فلا يمتنع وجوب الحد بخلاف الامة والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود اذا اجتمعت فالاصل فى أسباب الحدود اذا اجتمعت أن يقدم حق العبد فى الاستيفاء على حق الله عز وجل لحاجة العبد الى الانتفاع بحقه وتعالى الله تعالى عن الحاجات ثم ينظر ان لم يمكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وان أمكن استيفاؤها فان كان فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى يقام ذلك درأ للبواقى

لقوله

لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وان لم يكن فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى يقام الكل جمعا بين الحقين فى الاستيفاء واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان قذف انسانا بالزنا وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الاشربة المعهودة وزنى وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم أتى به الى الامام بدأ الامام بحد القذف فيضرب به لانه حق الله عز شانه من وجه وماسواه حقوق العباد على الخلوص فيقدم استيفاؤه ثم يستوفى حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاؤها وليس فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى فلا يسقط ثم اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرأ من الضرب ثم الامام بالخيار فى البداية ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة ويؤخر حد الشرب عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب العزيز وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب الكريم انما ثبت باجماع مبنى على الاجتهاد أو على خبر الواحد ولا شك أن الثابت بنص الكتاب آكد ثبوتا ولا يجمع ذلك كله فى وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد مابرأ من الاول لان الجمع بين الكل فى وقت واحد يفضى الى الهلاك ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بان زنى وهو محصن يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدرأ عنه ماسوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم فى الاستيفاء وفى اقامة حد الرجم اسقاط البواقى فيقام درأ للبواقى لان الحدود واجبة الدرء ما أمكن فيدرأ الا أنه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذا لو كان مع هذه الحدود قصاص فى النفس يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدرأ ماسوى ذلك وانما بدئ بحد القذف دون القصاص الذى هو خالص حق العبد لان فى البداية بالقصاص اسقاط حد القذف ولا سبيل اليه لذلك يبدأ بحد القذف ويقتل قصاصا ويبطل ماسوى ذلك لتعذر الاستيفاء بعد القتل الا أنه يضمن السرقة لما قلنا ولو كان مع القصاص فى النفس قصاص فيما دون النفس يحد حد القذف يقتص فيما دون النفس ويقتص فى النفس ويلغى ماسوى ذلك ولو لم يكن فى الحدود حد القذف ويقتص فيما دون النفس ثم يقتص فى النفس ويلغى ماسوى ذلك ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ماسوى ذلك لان تقديم القصاص على الحدود فى الاستيفاء واجب ومتى قدم استيفاؤه تعذر استيفاء الحدود فتسقط ضرورة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود فالحد ان كان رجما فاذا قتل يدفع الى أهله فيصنعون به ما يصنع بسائر الموتى فيغسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لما رجم ماعزا فقال عليه الصلاة والسلام اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم وان كان جلدا فحكم المحدود وغيره سواء فى سائر الاحكام من الشهادة وغيرها الا المحدود فى القذف خاصة فى أداء الشهادة فانه تبطل شهادته على التأبيد حتى لا تقبل وان تاب الا فى الديانات عندنا وعند الشافعى رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسئلة وفروعها فى كتاب الشهادات والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما التعزير فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب وجوب التعزير وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان قدره وفى بيان وصفه وفى بيان ما يظهر به (أما) سبب وجوبه فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر فى الشرع سواء كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد بأن آذى مسلما بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب بأن قال له ياخبيث يافاسق ياسارق يافاجر يا كافر يا آكل الربا ياشارب الخمر ونحو ذلك فان قال له يا كلب ياخنزير ياحمار ياثور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لان فى النوع الاول انما وجب التعزير لانه ألحق العار بالمقذوف اذ الناس بين مصدق ومكذب فعزر دفعا للعار عنه والقاذف فى النوع الثانى ألحق العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الى المقذوف

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوبه فالعقل فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر سواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى مسلما أو كافرا بالغا أو صبيا بعد أن يكون عاقلا لان هؤلاء من أهل العقوبة الا الصبى العاقل فانه

يعزر تأديبا لا عقوبة لانه من أهل التأديب ألا ترى الى ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعاً واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق التأديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لانها تستدعى الجناية وفعل الصبى لا يوصف بكونه جناية بخلاف المجنون والصبى الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب

﴿فصل﴾ وأما قدر التعزير فانه ان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد كما اذا قال لغيره يافاسق ياخبيث ياسارق ونحو ذلك فالامام فيه بالخيار ان شاء عزره بالضرب وان شاء بالحبس وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام وعلى هذا يحمل قول سيدنا عمر رضى الله عنه لعبادة بن الصامت يا أحمق ان ذلك كان على سبيل التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذ لا يظن ذلك من مثل سيدنا عمر رضى الله عنه لا بأحد فضلا عن الصحابى ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس فقال التعازير على أربعة مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقون والقواد وتعزير أشراف الاشراف وهم العلوية والفقهاء وتعزير الاوساط وهم السوقة وتعزير الاخساء وهم السفلة فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو أن يبعث القاضى أمينه اليه فيقول له بلغنى أنك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف بالاعلام والجر الى باب القاضى والخطاب بالمواجهة وتعزير الاوساط الاعلام والجر والحبس وتعزير السفلة الاعلام والجر والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس فى الانزجار على هذه المراتب وان وجب بجناية فى جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه كما اذا قال لصبى أو مجنون يازانى أو لذمية أو أم ولد يازانية فالتعزير فيه بالضرب و يبلغ أقصى غاياته وذلك تسعة وثلاثون فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف خمسة وسبعون وفى رواية النوادر عنه تسعة وسبعون وقول محمد عليه الرحمة مضطرب ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله والحاصل أنه لا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم أنه لا يبلغ التعزير الحد لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين الا أن أبا يوسف رحمه الله صرف الحد المذكور فى الحديث على الاحرار وزعم أنه الحد الكامل لا حد المماليك لان ذلك بعض الحد وليس بحد كامل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل فى كل باب ولان الاحرار هم المقصودون فى الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه ثم قال فى رواية ينقص منها سوط وهو الاقيس لان ترك التبليغ يحصل به وفى رواية قال ينقص منها خمسة وروى ذلك أثرا عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال يعزر خمسة وسبعين قال أبو يوسف رحمه الله فقلدته فى نقصان الخمسة واعتبرت عنه أدنى الحدود و روى عنه أنه قال أخذت كل نوع من بابه وأخذت التعزير فى اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه وأبو حنيفة صرفه الى حد المماليك وهو أربعون لانه ذكر حدا منكرا فيتناول حدا ما وأربعون حد كامل فى المماليك فينصرف اليه ولان فى الحمل على هذا الحد أخذا بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين فلو حملناه على ما قاله أبو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ما قاله أبو يوسف لا يقع الامن عنه لاحتمال انه أراد به حد المماليك فيصير مبلغاً غير الحد الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ واما صفته فله صفات منها انه أشد الضرب واختلف المشايخ فى المراد بالشدة المذكورة قال بعضهم أريد بها الشدة من حيث الجمع وهى ان يجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة فى نفس الضرب وهو الايلام ثم انما كان أشد الضرب لوجهين أحدهما انه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير للذنب قال عليه الصلاة والسلام الحدود كفارات لاهلها فاذا تمحض التعزير للزجر فلا شك ان الاشد أزجر فكان فى تحصيل ما شرع له أبلغ والثانى انه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد فى الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الزجر ومنها انه يحتمل العفو

والصلح

والصلح والابراء لانه حق العبد خالصا فتجرى فيه هذه الاحكام كما تجرى فى سائر الحقوق للعباد من القصاص وغيره بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل لان حقوق العبد لا تحتمل التداخل بخلاف الحدود ويؤخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس لتعديل الشهود اما التكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد فكان التوثيق ملائما له بخلاف الحدود على أصل أبى حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان الحبس يصلح تعزيرا فى نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود فانه يحبس فيها لتعديل الشهود لان الحبس لا يصلح حدا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به فنقول انه يظهر به ما يظهر بسائر حقوق العباد من الاقرار والبينة والنكول وعلم القاضى ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى كما فى سائر حقوق العباد وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله لا يقبل فيه شهادة النساء والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كما لا يعمل فى القصاص وغيره بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى والله تعالى عز شأنه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب السرقة ﴾

يحتاج لمعرفة مسائل السرقة الى معرفة ركن السرقة والى معرفة شرائط الركن والى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضى والى معرفة حكم السرقة

﴿ فصل ﴾ أما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى الا من استرق السمع سمى سبحانه وتعالى أخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ولهذا يسمى الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة أو نهبة أو خلسة أو غصبا أو انتهابا واختلاسا لا سرقة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعابة لا شىء فيها وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع على نباش ولا منتهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا فحمله أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو فى الحرز قبل أن يخرجه فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروى عن زفر رحمه الله أنه لا يقطع (وجه) قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمى ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس أخذا من الحرز فلا يكون سرقة (ولنا) ان المال فى حكم يده ما لم تثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمى اليه فلا قطع على واحد منهما (أما) الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز (وأما) الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه ولو ناول صاحبا له مناولة من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز (وجه) قولهما ان الداخل لما ناول صاحبه فقد أقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال فى يده (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا فى المسئلة المتقدمة أنه لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لانعدام فعل السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام ثبوت يده عليه حالة الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى السكة ثم خرج وأخذه لانه لما لم تثبت عليه يد غيره فهو فى حكم يده فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده فى الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما فى قول أبى حنيفة وقال

أبو يوسف أقطعهما جميعا (أما) عدم وجوب القطع على الداخل على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلعدم الاخراج من الحرز يحققه أنه لو أخرج يده وناول صاحباً له لم يقطع فعند عدم الاخراج أولى والوجوب عليه على أصل أبي يوسف رحمه الله لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة (وأما) الكلام في الخارج فمبنى على مسئلة أخرى وهي ان السارق اذا نقب منزلا وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافا وقال أبو يوسف في الاملاء أقطع ولا أبالي دخل الحرز أو لم يدخل وعلى هذا الخلاف اذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع (وجه) قوله ان الركن في السرقة هو الاخذ من الحرز فاما الدخول في الحرز فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوالق وأخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول ولهما ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال اذا كان اللص ظريفاً لم يقطع قيل وكيف يكون ظريفاً قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لان به تتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر فكان الاخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ألا ترى انه اذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت آخر فضاعت لم يضمن وكذا اذا أذن لانسان في دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع وان لم يأذن له بدخول البيت دل ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجا من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية أخرى هذا اذا كانت الدار مع بيوتها لرجل واحد فاما اذا كان كل منزل فيها لرجل فاخرج المتاع من البيت الى الساحة يقطع لان كل بيت حرز على حدة فكان الاخراج منه اخراجا من الحرز وكذلك اذا كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج به الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة الدار المختلفة في محلة واحدة ولو نقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما أخرج به الى السكة حملاه جميعا ينظر ان عرف الداخل منهما بعينه قطع لانه هو السارق لوجود الاخذ والاخراج منه ويعزر الخارج لانه أعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وان لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لان من عليه القطع مجهول ويعزران أما الخارج فلما ذكرنا وأما الداخل فلارتكابه جناية لم يستوف فيها الحد لعذر فتعين التعزير ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع لانه ان لم يوجد الاخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لان الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتحققت السرقة والله تعالى أعلم وأما التسبب فهو ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعا ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل فالقياس ان لا يقطع الا الحامل خاصة وهو قول زفر وفي الاستحسان يقطعون جميعا (وجه) القياس ان ركن السرقة لا يتم الا بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فمعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب (وجه) الاستحسان ان الاخراج حصل من الكل معنى لان الحامل لا يقدر على الاخراج الا باعانة الباقين وترصدهم للدفع فكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا ولان الحامل عامل لهم فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولان السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق انهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى السارق وبعضها يرجع الى المسروق وبعضها يرجع الى المسروق منه

و بعضها يرجع الى المسروق فيه وهو المكان أما ما يرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهى العقل والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام ان القلم مرفوع عنهما وفى ايجاب القطع اجراء القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان القطع عقوبة فيستدعى جناية وفعلهما لا يوصف بالجنايات ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود كذا هذا و يضمنان السرقة لان الجناية ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق يجن مدة و يفيق أخرى فان سرق فى حال جنونه لم يقطع وان سرق فى حال الافاقة يقطع ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون هو الذى تولى إخراج المتاع درئ عنهم جميعا وان كان وليه غيرهما قطعوا جميعا الا الصبي والمجنون (وجه) قوله ان الاخراج من الحرز هو الاصل فى السرقة والاعانة كالتابع فاذا وليه الصبي أو المجنون فقد أتى بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع فاذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الاصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل (وجه) قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على أحد كالعامد مع الخاطئ اذا اشتركا فى القطع او فى القتل وقوله الاخراج أصل فى السرقة مسلم لكنه حصل من الكل معنى لاتحاد الكل فى معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان إخراج غير الصبي والمجنون كاخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه انه لا قطع على أحد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يدرأ عن ذى الرحم المحرم و يجب على الاجنبى ولا خلاف فى انه اذا كان فيهم شريك المسروق منه انه لا قطع على أحد فاما الذكورة فليست بشرط لثبوت الاهلية فتقطع الانثى لقوله تعالى عز شأنه والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكذلك الحرية فيقطع العبد والامة والمدبر والمكاتب وأم الولد لعموم الآية الشريفة ويستوى الآبق وغيره لما قلنا وذكر فى الموطأ ان عبداً لعبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما سرق وهو آبق فبعث به عبد الله الى سعيد بن العاص رضى الله عنه ليقطع يده فأبى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع يد الآبق اذا سرق فقال عبد الله فى أى كتاب الله تعالى عز شأنه وجدت هذا أن العبد الآبق اذا سرق لا تقطع يده فامر به عبد الله رضى الله عنه فقطعت يده ولان الذكورة والحرية ليست من شرائط سائر الحدود فكذا هذا الحد وكذا الاسلام ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم آية السرقة

﴿فصل﴾ وأما ما يرجع الى المسروق فأنواع (منها) ان يكون مالا مطلقا لا قصور فى ماليته ولا شبهة وهو ان يكون مما يتموله الناس و يعدونه مالا لان ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم وما لا يتمولونه فهو تافه حقير وقد روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشئ التافه وهذا منها بيان شرع متقرر ولان التفاهة تخل فى الحرز لان التافه لا يحرز عادة أولا يحرز احراز الخطر والحرز المطلق شرط على ما نذكر وكذا تخل فى الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان أخذ التافه مما لا يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة فى الركن والشبهة فى باب الحدود ملحقة بالحقيقة و يخرج على هذا مسائل اذا سرق صبيا حرا لا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبياً عبداً لا يتكلم ولا يعقل يقطع فى قول أبى حنيفة وروى عن أبى يوسف رحمه الله لا يقطع (ووجهه) ان العبد ليس بمال محض بل هو مال من وجه آدمى من وجه فكان محل السرقة من وجه دون وجه فلا تثبت المحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل (ولنا) انه مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا يد له على نفسه فيتحقق ركن السرقة كالبهيمة وكونه آدميا لا ينفى كونه مالا فهو آدمى من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافى فيتعلق القطع بسرقته من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه فى يد نفسه فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافى فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة او جلد ميتة لم يقطع لانعدام المال

ولا يقطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب لان الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يظنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها عندهم بل يعدون الظنة بها من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع فى التراب والطين والجص واللبن والنورة والآجر والفخار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب و بين الخشب حيث سوى فى التراب بين المعمول منه وغير المعمول وفرق فى الخشب لان الصنعة فى الخشب أخرجته عن حد التفاهة والصنعة فى التراب لم تخرجه عن كونه تافهاً يعرف ذلك بالرجوع الى عرف الناس وعاداتهم ومن أصحابنا من فصل فى الجواب فى الزجاج بين المعمول وغير المعمول كما فى الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة لانه يتسارع اليه الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع فى الخشب الا اذا كان معمولا بان صنع منه أبوابا أو آنية ونحو ذلك ماخلا الساج والقنا والابنوس والصندل لان غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافها وبالصنعة يخرج عن التفاهة فيتمول وأما الساج والابنوس والصندل فأموال لها عزة وخطر عند الناس فكانت أموالا مطلقة (وأما) العاج فقد ذكر محمد أنه لا يقطع الا فى المعمول منه وقيل هذا الجواب فى العاج الذى هو من عظم الجمل فلا يقطع الا فى المعمول منه لانه لا يتمول لتفاهته و يقطع فى المعمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ماهو من عظم الفيل فلا يقطع فيه أصلا سواء كان معمولا أو غير معمول لان الفقهاء اختلفوا فى ماليته حتى حرم بعضهم بيعه والانتفاع به فاوجب ذلك قصوراً فى المالية ولا قطع فى قصب النشاب فان كان اتخذ منه نشابا قطع لما قلنا فى الخشب ولا قطع فى القرون معمولة كانت أو غير معمولة وقال أبو يوسف ان كانت معمولة وهى تساوى عشرة دراهم قطع قيل ان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فوضوع المسئلة على قول أبى حنيفة رحمه الله فى قرون الميتة لأنها ليست بمال مطلق لاختلاف الفقهاء فى ماليتها وجواب أبى يوسف رحمه الله فى قرون المذكى فلم يوجب القطع فى غير المعمول منها لانها من أجزاء الحيوان وأوجب فى المعمول كما فى الخشب المعمول وعن محمد فى جلود السباع المدبوغة أنه لا قطع فيها فان جعلت مصلاة أو بساطا قطع لان غير المعمول منها من أجزاء الصيد ولا قطع فى الصيد فكذا فى أجزائه و بالصنعة صارت شيأً آخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على أن محمدا لم يعتد بخلاف من يقول من الفقهاء ان جلود السباع لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع فى البوارى لانها تافهة لتفاهة أصلها وهو القصب ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد ولا فى سرقة الملاهى من الطبل والدف والمزمار ونحوها لان هذه الاشياء مما لا يتمول أو فى ماليتها قصور ألا ترى أنه لا ضمان على كاسر الملاهى عند أبى يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض الفقهاء ولو سرق مصحفاً أو صحيفة فيها حديث أو عربية أو شعر فلا قطع وقال أبو يوسف يقطع اذا كان يساوى عشرة دراهم لان الناس يدخرونها و يعدونها من نفائس الأموال (ولنا) أن المصحف الكريم يدخر لا للتمول بل للقراءة والوقوف على مايتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشعر يقصد بها معرفة الامثال والحكم لا التمول (وأما) دفاتر الحساب ففيها القطع اذا بلغت قيمتها نصابا لان ما فيها لا يصلح مقصوداً بالاخذ فكان المقصود هو قدر البياض من الكاغد وكذلك الدفاتر البيض اذا بلغت نصابا لما قلنا وعلى هذا يخرج ماقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كل مايوجد جنسه تافهاً مباحا فى دار الاسلام فلا قطع فيه لان كل ما كان كذلك فلا عز له ولا خطر فلا يتموله الناس فكان تافها والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما نذكر ان شاء الله تعالى وعن أبى حنيفة أنه لا قطع فى عفص ولا اهليلج ولا اشنان ولا فحم لان هذه الاشياء مباحة الجنس فى دار الاسلام وهى تافهة وروى عن أبى يوسف أنه لا يقطع فى العفص والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع فى طير ولا صيد وحشيا كان أو غيره لان الطير لا يتمول عادة وقد روى عن سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله عنهما أنهما قالا لا قطع فى الطير ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً وكذلك ما علم من الجوارح فصار صيودا فلا قطع على سراقه لانه وان علم فلا يعد مالا وعلى هذا يخرج

النباش أنه لا يقطع فيما أخذ من القبور في قولهما وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله أنه أخذ مالا من حرز مثله فيقطع كما لو أخذ من البيت ولهما ان الكفن ليس بمال لانه لا يتمول بحال لان الطباع السليمة تنفر عنه أشد النفار فكان تافها ولئن كان مالا ففي ماليته قصور لانه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحي والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة تنفي وجوب الحد فالقصور أولى روى الزهري انه قال أخذ نباش في زمن مروان بالمدينة فاجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون أنه لا يقطع وعلى هذا يخرج سرقة مالا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة الى سنة بل يتسارع اليه الفساد انه لا قطع فيه لان مالا يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا قطع في سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة في قولهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله انه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الاطلاق فكان مالا فيقطع كما في سائر الاموال ولهما ان هذه الاشياء مما لا يتمول عادة وان كانت صالحة للانتفاع بها في الحال لانها لا تحتمل الادخار والامساك الى زمان حدوث الحوائج في المستقبل فقل خطرها عند الناس فكانت تافهة ولو سرق تمراً من نخل أو شجر آخر معلقاً فيه فلا قطع عليه وان كان عليه حائط استوثقوا منه واحرزوه أو هناك حائط لان ما على رأس النخل لا يعد مالا ولانه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع اليه الفساد وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر ولا كثر قال محمد الثمر ما كان في الشجر والكثر الجمار فان كان قد جذ الثمر وجعله في جرين ثم سرق فان كان قد استحكم جفافه قطع لانه صار مالا مطلقاً قابلا للادخار واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فاذا آواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع لانه لا يؤويه الجرين مالم يستحكم جفافه عادة فاذا استحكم جفافه لا يتسارع اليه الفساد فكان مالا مطلقا وكذلك الحنطة اذا كانت في سنبلها فهي بمنزلة الثمر المعلق في الشجر لان الحنطة مادامت في السنبل لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها أيضاً (وأما) الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة الى سنة فالصحيح من الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقطع فيما يتمول الناس اياها لقبولها الادخار فانعدم معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروى عنه أنه سوى بين رطب الفاكهة ويابسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحائط نخلة باصلها لا يقطع لان أصل النخلة مما لا يتمول فكان تافها وروينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر وقيل في تفسير الكثر انه النخل الصغار ويقطع في الحناء والوسمة لانه لا يتسارع اليه الفساد فلم يختل معنى المالية ولا قطع في اللحم الطري والصفيق لانه يتسارع اليه الفساد وكذلك لا قطع في السمك طريا كان أو مالحا لان الناس لا يعدونه مالا لتفاهته ولتسارع الفساد الى الطري منه ولما انه يوجد جنسه مباحاً في دار الاسلام ولا قطع في اللبن لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافها ويقطع في الخل والدبس لعدم التفاهة ألا ترى أنه لا يتسارع اليهما الفساد ولا قطع في عصير العنب ونقيع الزبيب ونبيذ التمر لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافهاً كاللبن ولا قطع في الطلاء وهو المثلث لانه مختلف في اباحته وفي كونه مالا فكان قاصراً في معنى المالية وكذلك المطبوخ أدنى طبخة من نقيع الزبيب ونبيذ التمر لاختلاف الفقهاء في اباحة شربه وأما المطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب فلا شك انه لا قطع فيه لانه حرام فلم يكن مالا ويقطع في الذهب والفضة لانهما من أعز الاموال ولا تفاهة فيهما بوجه وكذلك الجواهر واللآلئ لما قلنا وبهذا تبين أن التعويل في هذا الباب في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحة الجنس لان ذلك موجود في الذهب والفضة والجواهر واللآلئ وغيرها ويقطع في الحبوب كلها وفي الادهان والطيب كالعود والمسك وما أشبه ذلك لانعدام معنى التفاهة ويقطع في الكتان والصوف والخز ونحو ذلك ويقطع في جميع الاواني من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه أو الحديد نفسه أو الرصاص لعزة هذه الاشياء وخطرها في أنفسها كالذهب والفضة ومنها أن يكون متقوما مطلقا فلا يقطع في سرقة الخمر من مسلم مسلما كان السارق أو ذمياً لانه لا قيمة للخمر في حق المسلم وكذا الذمي اذا سرق من ذمي خمراً أو خنزيراً لا يقطع

لانه وان كان متقوما عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق ولا يقطع فى المباح الذى ليس بمملوك وان كان مالا لانعدام تقومه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون مملوكا فى نفسه فلا يقطع فى سائر المباحات التى لا يملكها أحد وان كانت من نفائس الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم المالك وعلى هذا أيضا يخرج النباش على أصل أبى حنيفة ومحمد أنه لا يقطع لان الكفن ليس بمملوك لانه لا يخلو اما أن يكون على ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس من أهل الملك ولا وجه للثانى لان ملك الوارث مؤخر عن حاجة الميت الى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا أصلا ومنها أن لا يكون للسارق فيه ملك ولا تأويل الملك أو شبهته لان المملوك أو ما فيه تأويل الملك أو الشبهة لا يحتاج فيه الى مسارقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاستسرار على الاطلاق ولان القطع عقوبة السرقة قال الله فى آية السرقة جزاء بما كسبا نكالا من الله فيستدعى كون الفعل جناية محضة وأخذ المملوك للسارق لا يقع جناية أصلا فالاخذ بتأويل الملك أو الشبهة لا يتمحض جناية فلا يوجب القطع اذا عرف هذا فنقول لا قطع على من سرق ما أعاره من انسان أو آجره منه لان ملك الرقبة قائم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن فى يد العدل فسرقه المرتهن أو الراهن فلا قطع على واحد منهما أما الراهن فلما ذكرنا انه ملكه فلا يجب القطع بأخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطئه الجارية المرهونة وان منع من الوطء (وأما) المرتهن فلان يد العدل يده من وجه لان منفعة يده عائدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركا بينه وبين المسروق منه لان المسروق ملكهما على الشيوع فكان بعض المأخوذ ملكه فلا يجب القطع بأخذه فلا يجب بأخذ الباقى لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال الخمس لان له فيه ملكا وحقا ولو سرق من عبده المأذون فان لم يكن عليه دين فلا قطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما فى يده لا يقطع أيضا (أما) على أصلهما فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك ألا ترى أنه يملك استخلاصه لنفسه بقضاء دينه من مال آخر فكان فى معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يجز له أن يتزوجها فيورث شبهة أو نقول اذا لم يملكه المولى ولا المأذون يملكه أيضا لانه عبد مملوك لا يقدر على شىء والغرماء لا يملكون أيضا فهذا مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقته كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من وجه أو فيه شبهة الملك له ألا ترى أنه لو كان جارية لا يحل له أن يتزوجها والملك من وجه أو شبهة الملك يمنع وجوب القطع مع ما أن هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه فى الحقيقة لانه ان ادى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه أخذ مال نفسه وان عجز فرد فى الرق تبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق من ولده لان له فى مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فظاهر الاضافة اليه بلام التمليك يقتضى ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت لدليل ولا دليل فى الملك من وجه فيثبت أو يثبت لشبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة فى وجوبه (وأما) السرقة من سائر ذى الرحم المحرم فلا توجب القطع أيضا لكن لفقد شرط آخر نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو دخل لص دار رجل فأخذ ثوبا فشقه فى الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم مشقوقا يقطع فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع ولو أخذ شاة فذبحها ثم أخرجها مذبوحة لا يقطع بالاجماع (وجه) قوله أن السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب على أصل أصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا كان المسروق شاة فذبحها ثم أخرجها كذا هذا ولهما أن السرقة تمت فى ملك

المسروق منه فيوجب القطع وانما قلنا ذلك لان الثوب المشقوق لا يزول عن ملكه مادام مختار العين وانما يزول عند اختيار الضمان فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقا ثوبا قيمتهما عشرة دراهم فيقطع وهكذا نقول فى الشاة أن السرقة تمت فى ملك المسروق منه الا انها تمت فى اللحم ولا قطع فى اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع فاذا اختار تضمين السارق وسلم الثوب اليه لا يقطع لانه عند اختيار الضمان ملكه من حين وجود الشق فتبين أنه أخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكي عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله أنه قال موضوع المسئلة أنه شق الثوب عرضا فاما لو شقه طولا فلا قطع لانه بالشق طولا خرقه خرقا متفاحشا فيملكه بالضمان وذكر ابن سماعة أن السارق اذا خرق الثوب تخريقا مستهلكا وقيمته بعد تخريقه عشرة أنه لا قطع عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا يؤيد قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله لان التخريق اذا وقع استهلاكا أوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون واذا لم يقع استهلاكا كان وجوب الضمان فيه موقوفا على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار فلا يملك المضمون والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا سرق عشرة دراهم من غريم له عليه عشرة أنه لا يقطع لانه ملك المأخوذ بنفس الاخذ فصار قصاصا بحقه فلم يبق فى حق هذا المال سارقا فلا يقطع ولو كان المسروق من خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يملكه بنفس الاخذ بل بالاستبدال والبيع فكان سارقا ملك غيره فيقطع كالاجنبى الا اذا قال أخذته لاجل حقى على ما نذكر وههنا جنس من المسائل يمكن تخريجها الى أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه وسنذكره ان شاء الله تعالى بعد منها أن يكون معصوما ليس للسارق فيه حق الاخذ ولا تأويل الاخذ ولا شبهة التناول لان القطع عقوبة محضة فيستدعى جناية محضة وأخذ غير المعصوم لا يكون جناية أصلا وما فيه تأويل التناول أو شبهة التناول لا يكون جناية محضة فلا تناسبه العقوبة المحضة ولان ما ليس بمعصوم يؤخذ مجاهرة لا مخافتة فيتمكن الخلل فى ركن السرقة واذا عرف هذا فنقول لا قطع فى سائر المباحات التى لا يملكها أحد ولا فى المباح المملوك وهو مال الحربى فى دار الحرب (وأما) مال الحربى المستأمن فى دار الاسلام فلا قطع فيه استحسانا والقياس أن يقطع (وجه) القياس انه سرق مالا معصوما لان الحربى استفاد العصمة بالامان بمنزلة الذمى ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمى (وجه) الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربى المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة فى ماله ولهذا اورث شبهة الاباحة فى دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصا ولانه كان مباحا وانما تثبت العصمة بعارض أمان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الاصل المعهود ان كل عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الاصل كانه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ثابتة بخلاف الذمى لانه من أهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بامان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة وبخلاف ضمان المال لان الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لانه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع على الحربى المستأمن فى سرقة مال المسلم أو الذمى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه أخذه على اعتقاد الاباحة ولذا لم يلتزم أحكام الاسلام وعند أبى يوسف يقطع والخلاف فيه كالخلاف فى حد الزنا ولا يقطع العادل فى سرقة مال الباغى لان ماله ليس بمعصوم فى حقه كنفسه ولا الباغى فى سرقة مال العادل لانه أخذه عن تأويل وتأويله وان كان فاسدا لكن التأويل الفاسد عند انضمام المنعة اليه ملحق بالتأويل الصحيح فى منع وجوب القطع ولهذا الحق به فى حق منع وجوب القصاص والحد والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان سرق منه من جنس حقه واما ان كان سرق منه خلاف جنس حقه فان سرق جنس حقه بان سرق منه عشرة دراهم وله عليه عشرة فان كان دينه عليه حالا لا يقطع لان الاخذ مباح له لانه ظفر بجنس حقه ومن له الحق اذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه واذا أخذه يصير مستوفيا حقه وكذلك اذا سرق منه أكثر من مقدار حقه لان

بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذا فى الباقى كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه مؤجلا فالقياس أن يقطع وفى الاستحسان لا يقطع (وجه) القياس ان الدين اذا كان مؤجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل ألا ترى ان للغريم ان يسترده منه فصار كما لو سرقه أجنبى (وجـه) الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل الاجل فسبب ثبوت حق الاخذ قائم وهو الدين لان تأثير التأجيل فى تأخير المطالبة لا فى سـقوط الدين فقيام سبب ثبوته يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرق منه دنانير او عروضا قطع هكذا أطلق الكرخى رحمه الله وذكر فى كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال أخذت لاجل حقى لا يقطع فيحمل مطلق قول الكرخى على المطلق وهو ما اذا سرق ولم يقل أخذت لاجل حقى لانه اذا لم يقل فقد أخذ مالا ليس له حق أخذه ألا ترى أنه لا يصير قصاصا الا بالاستبدال والتراضى ولم يتأول الاخذ أيضا فكان أخذه بغير حق ولا شبهة حق وهذا يدل على انه لا يعبأ بخلاف قول من يقول من الفقهاء ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه أن يأخذه لانه قول لم يقل به أحد من السلف فلا يعتبر خلافا فما يؤذ نا للشبهة واذا قال أخذت لاجل حقى فقد أخذه متأولا لانه اعتبر المعنى وهى المالية لا الصورة والاموال كلها فى معنى المالية متجانسـة فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع ولو أخذ صنفا من الدراهم أجود من حقه أو أردأ لم يقطع لان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه من حيث الوصف ألا يرى أنه لو رضى به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبدلا حتى يجوز فى الصرف والسلم مع أن الاستبدال ببدل الصرف والسلم لا يجوز واذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة فى باب الحد كما فى الدين المؤجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم أو حلياً من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هـذا لا يصير قصاصاً من حقه الا بالمراضاة ويكون ذلك بيعا واستبدالا فأشـبه العروض وان كان السارق قد استهلك العروض أو الحلى ووجبت عليه قيمته وهو مثل الذى عليه من العـين فان هذا يقطع أيضا لان المقاصد انما تقع بعـد الاستهلاك فلا يوجب سوى القطع ولو سرق مكاتب أو عبد من غريم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غـير أمره فصار كالاجنبى حتى لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده المأذون فان لم يكن على العبـد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولاه فكان له حق أخذه وان كان عليـه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار كالاجنبى ولو سرق من غريم ابيـه أو ولده يقطع لانه لا حق له فيه ولا فى قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض له كما فى دين نفسـه والله تعالى أعلم وعلى هذا أيضا يخرج سرقة المصحف على أصل أبى حنيفة انه لا قطع فيه لان له تأويل الاخذ اذ النـاس لا يضنون ببذل المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة فأخذه الآخـذ متأولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار وجميع آلات الملاهى لان آخذها يتأول انه يأخذها منع المالك عن المعصية ونهيـه عن المنكر وذلك مأمور به شرعا وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضـة لما قلنا وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حرز لانه يتأول انه أخـذه للكسر (وأما) الدراهم التى عليها التماثيل فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تأويل له فى الاخذ للمنع من العبـادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق فى مال ثم سرقه منـه سارق آخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم فى حق المسروق منه ولا متقوم فى حقه لسقوط عصمته وتقومه فى حقه بالقطع ولان كون يد المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق ليست يدا صحيحة لما نذكره ان شاء الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المالك ثم عاد فسرقه منـه ثانيا فالجملة الكلام فيـه ان المردود لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث المالك فيـه ما يوجب تغـيره فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسـن عن أبى يوسف وبه أخذ الشافعى رحمهم الله (أما) الكلام مع الشـافعى رحمـه الله فمبنى على ان العصمة الثـابتة للمسروق حقا للعبد قد سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على أصلنا وعلى أصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وسنذكر

تقرير

تقرير هذا الاصل في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الكلام مع أبي يوسف (وجه) ماوى أن المحل وان سقطت قيمته الثابتة حقا للمالكية في السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك ألا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو أتلفه السارق يضمن فكذا في حق القطع (ولنا) أن العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط لضرورة وجوب القطع وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة ولانه سقط تقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى ألا ترى أنه لو أتلفه لا يضمن وأثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة عدم التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان لا يسقط بالشبهة لما بينا هذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير (فاما) اذا احدث المالك فيه حدثا يوجب تغيره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فالاصل فيه أنه لو فعل فيه مالو فعله الغاصب في المغصوب لاوجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا فعل ذلك فقد تبدلت العين وتصير في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم تتبدل وعلى هذا يخرج ما اذا سرق غزلا فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوبا فعاد فسرقه أنه يقطع لان المسروق قد تبدل ألا ترى أنه لو كان مغصوبا لانقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز فقطع فيه ورد الى المالك فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم تتبدل ألا ترى أنه لو فعله الغاصب لا ينقطع حق المالك ولو نقضه المالك ثم غزله غزلا ثم سرقه السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا ينقطع حق المغصوب منه فيدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها ورد ها على المالك فولدت ولدا ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز والاصل في اعتبار شرط الحرز ماروى في الموطأ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤيه الجرين فاذا أواه الجرين ففيه القطع علق عليه الصلاة والسلام القطع بايواء المراح والمراح حرز الابل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل أن الحرز شرط ولان ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة ولان القطع وجب لصيانة الاموال على أربابها قطعا لاطماع السراق عن أموال الناس والاطماع انما تميل الى ماله خطر في القلوب وغير المحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا تميل الاطماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع وبهذا لم يقطع فيما دون النصاب وماليس بمال متقوم محتمل الادخار ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز بغيره (أما) الحرز بنفسه فهو كل بقعة معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها الا بالاذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق (وأما) الحرز بغيره فكل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء ان لم يكن هناك حافظ وان كان هنالك حافظ فهو حرز ولهذا سمي حرزا بغيره حيث وقف صيرورته حرزا على وجود غيره وهو الحافظ وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم سواء وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه لانه عليه الصلاة والسلام علق القطع بايواء المراح والجرين من غير شرط وجود الحافظ وروى ان صفوان رضي الله عنه كان نائما في المسجد متوسدا أبردائه فسرقه سارق من تحت رأسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع الاول يقطع سواء كان ثمة حافظ أولى لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق الباب أولا باب له بعد أن كان محجوزا بالبناء لان البناء يقصد به الاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان الحافظ قريبا منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسواء كان الحافظ مستيقظا في ذلك المكان أو نائما لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعا ولا يمكن الاخذ الا بفعله ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قطع سارق صفوان وصفوان كان نائما ولو أذن لانسان بالدخول في داره فسرق المأذون له بالدخول شيأ منها لم يقطع

وان كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائما عليه لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من أن تكون حرزا بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولانه لما أذن له بالدخول فقد صار فى حكم أهل الدار فاذا أخذ شيأ فهو خائن وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق فى الدار أو من صندوق فى بعض البيوت وهو مقفل عليه اذا كان البيت من جملة الدار المأذون فى دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن له من أن تكون حرزا فى حقه فكذلك بيوتها وماروى ان أسود بات عند سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنه فسرق حليا لهم فيحتمل أن يكون مسروقا من دار النساء لا من دار الرجال والداران المختلفان اذا أذن بالدخول فى احداهما لا تصير الاخرى مأذونا بالدخول فيها والمحتمل لا يكون حجة وروى عن أبى يوسف أنه قال فى رجل كان فى حمام أو خان وثيابه تحت رأسه فسرقها سارق انه لا قطع عليه سواء كان نائما أو يقظانا وان كان فى صحراء وثوبه تحت رأسه قطع وكذلك روى عن محمد فى رجل سرق من رجل وهو معه فى الحمام أو سرق من رجل وهو معه فى سفينة أو نزل قوم فى خان فسرق بعضهم من بعض انه لا قطع على السارق وكذلك الحانوت لان الحمام والخان والحانوت كل واحد حرز بنفسه فاذا أذن للناس فى دخوله خرج من أن يكون حرزا فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزا بالحافظ ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلا يقطع لان الناس لم يؤذنوا بالدخول فيه ليلا فأما الصحراء أو المسجد وان كان مأذون الدخول اليه فليس حرزا بنفسه بل بالحافظ ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا فى السارق من المسجد اذا كان ثمة حافظ يقطع وان لم يخرج من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحافظ فكانت البقعة التى فيها الحافظ هى الحرز لا كل المسجد فاذا انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع (فأما) الدار فانما صارت حرزا بالبناء فما لم يخرج منها لم يوجد الانفصال من الحرز وروى عن محمد فى رجل سرق فى السوق من حانوت فتخرب الحانوت وقعد للبيع وأذن للناس بالدخول فيه انه لم يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شئ ثم يقطع لانه لما أذن للناس بالدخول فيه فقد أخرج الحانوت من أن يكون حرزا فى حقهم وكذلك ان أخذ من بيت قبة أو صندوق فيه مقفل لان الحانوت كله حرز واحد كالدار على ما مر وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه قال فى رجل بأرض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه رجل شيأ أو سرق الجوالق فانى اقطعه لان الجوالق بما فيها محرز بالحافظ فيستوى أخذ جميعه وأخذ بعضه وكذلك اذا سرق فسطاطا ملفوفا قد وضعه ونام عنده يحفظه انه يقطع وان كان مضروبا لم يقطع لانه اذا كان ملفوفا كان محرزا بالحافظ كالباب المقلوع اذا كان فى الدار فسرقه سارق واذا كان الفسطاط مضروبا كان حرزا بنفسه فاذا سرقه فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس فى الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق وأخرج المتاع يقطع لان الجوالق حرز لما فيه وان أخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه أخذ نفس الحرز وكذلك اذا سرق الجمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للحمل لان الجمل ليس بمحرز وان ركبه صاحبه فلم يكن الجمل حرزا للجوالق فاذا أخذ الجوالق فقد أخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعى بعيرا أو بقرة أو شاة لم يقطع سواء كان الراعى معها أو لم يكن وان سرق من العطن أو المراح الذى يأوى اليه يقطع اذا كان معها حافظ أو ليس معها حافظ غير ان الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة قادها قودا حتى أخرجها أو ساقها سوقا حتى أخرجها أو ركبها حتى أخرجها لان المراعى ليست بحرز للمواشى وان كان الراعى معها لان الحفظ لا يكون مقصودا من الرعى وان كان قد يحصل به لان المواشى لا تجعل فى مراعيها للحفظ بل للرعى فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن أو المراح فان ذلك يقصد به الحفظ ووضع له فكان حرزا وقال عليه الصلاة والسلام فى حريسة الجبل غرامة مثليها وجلدات نكالا فاذا أواها المراح وبلغت قيمتها ثمن المجن ففيها القطع والله تعالى أعلم ولا يقطع عبد فى سرقة من مولاه مكاتبا كان العبد أو مدبرا أو تاجرا عليه دين أو أم ولد سرقت من مال مولاها لان هؤلاء مأذونون بالدخول فى بيوت ساداتهم للخدمة فلم

يكن بيت مولاهم حرزا فى حقهم وذكر فى الموطأ ان عبدالله بن سيدنا عمر والحضرمى جا آ الى عمر رضى الله عنه بعبدله فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وما سرق قال مرآة لامرأتى ثمنها ستون درهما فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أرسله ليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا على ضيف سرق متاع من أضافه ولا على أجير سرق من موضع أذن له فى دخوله لان الاذن بالدخول أخرج الموضع من أن يكون حرزا فى حقه وكذا الاجير اذا أخذ المتاع المأذون له فى أخذه من موضع لم يأذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الاذن بأخذ المتاع يورث شبهة الدخول فى الحرز ولان الاذن بالاخذ فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا أولى ولو سرق المستأجر من المؤاجر وكل واحد منهما فى منزل على حدة يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة فى الحرز وأما المؤاجر اذا سرق من المستأجر فكذلك يقطع فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا يقطع (وجه) قولهما أن الحرز ملك السارق فيورث شبهة فى درء الحد لانه يورث شبهة فى اباحة الدخول فيختل الحرز فلا قطع (وجه) قول أبى حنيفة أن معنى الحرز لا تعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معد للاحراز يمنع من الدخول فيه الا بالاذن وقد وجد لان المؤاجر ممنوع عن الدخول فى المنزل المستأجر من غير اذن فاشبه الاجنبى ولا قطع على من سرق من ذى رحم محرم عندنا سواء كان بينهما ولاد اولا وقال الشافعى فى الوالدين والمولودين كذلك فاما فى غيرهم فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب العتاق والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل فى منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة الاذن من صاحبه فاختل معنى الحرز ولان القطع بسبب السرقة فعل يفضى الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضى الى الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم و يقطع سواه والكلام على نحو الكلام فيما تقدم فيما اذا كان فيهم صبى أو مجنون وقد ذكرناه فيما تقدم ولو سرق من ذى رحم غير محرم يقطع بالاجماع لان المباسطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة فى هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا تجب صيانتها عن القطيعة ولهذا لم يجب فى العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذى محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع الذى سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كائنا من كان وقال أبو يوسف اذا سرق من أمه من الرضاع لا يقطع (وجه) قوله أن المباسطة بينهما فى الدخول ثابتة عرفا وعادة فان الانسان يدخل فى منزل أمه من الرضاع من غير اذن كما يدخل فى منزل أمه من النسب بخلاف الاخت من الرضاع ولهما أن الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو سرق من أم موطوءته ولهذا يقطع فى الاخت من الرضاع ولو سرق من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من حليلة ابنه أو من ابن امرأته أو بنتها أو أمها ينظر ان سرق مالهم من منزل من يضاف السارق اليه من أبيه وأمه وابنه وامرأته لا يقطع بلا خلاف لانه مأذون بالدخول فى منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزا فى حقه وان سرق من منزل آخر فان كانا فيه لم يقطع بالاجماع وان كان لكل واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يقطع وقال أبو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل السارق أو منزل أبيه أو ابنه وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى قول محمد مع قول أبى يوسف رحمهم الله (وجه) قولهما أن المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق و بين المسروق بل كل واحد منهما اجنبى عن صاحبه فلا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من أجنبى آخر (وجه) قول أبى حنيفة أن فى الحرز شبهة لان حق التزاور ثابت بينه و بين قريبه لان كون المنزل لغير قريبه لا يقطع التزاور وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع على أحد الزوجين اذا سرق من مال صاحبه سواء سرق من البيت الذى هما فيه أو من بيت آخر لان كل واحد منهما يدخل فى منزل صاحبه و ينتفع بماله عادة وذلك يوجب خللا فى الحرز وفى الملك أيضا وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا سرق من البيت الذى هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت آخر يقطع والمسئلة مرت فى كتاب الشهادة وكذلك لو سرق أحد الزوجين من عبد صاحبه أو أمته أو مكاتبه أو سرق عبد أحدهما أو أمته أو مكاتبه من صاحبه

أوسرق خادم أحدهما من صاحبه لا يقطع لانه مأذون فى الدخول فى الحرز ولوسرقت امرأة من زوجها أوسرق رجل من امرأته ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذحين وجوده لم ينعقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينعقد عند الابانة لان الابانة طارئة والاصل أن لا يعتبر الطارئ مقارنا فى الحكم لمافيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان فى الاعتبار اسقاط الحد وقت الاعتبار وفى الاعتبار ههنا ايجاب الحد فلا يعتبر ولوسرق من مطلقته وهى فى العدة أوسرقت مطلقته وهى فى العدة لم يقطع واحد منهما سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو ثلاثا لان النكاح فى حال قيام العدة قائم من وجه أو أثره قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه أوقيام أثره يورث شبهة ولوسرق رجل من امرأة أجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع واما ان تزوجها بعد ماقضى عليه بالقطع فان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع لم يقطع بلا خلاف لان هذا مانع طرأ على الحد والمانع الطارئ فى الحد كالمقارن لان الحدود تدرأ بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقرانها وان تزوجها بعد ماقضى بالقطع لم يقطع عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله ان الزوجية القائمة عند السرقة انما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهى شبهة عدم الحرز أوشبهة الملك فالطارئة لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار الشبهة وانها ساقطة فى باب الحدود (وجه) قول أبى حنيفة ان الامضاء فى باب الحدود من القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الامضاء كالمعترضة على القضاء ألا ترى انه لوقذف رجلا بالزنا وقضى عليه بالحد ثم ان المقذوف زنى قبل اقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعترض على الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطارئ على الحدود قبل الامضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء والله تعالى أعلم وذكر فى الجامع الصغير فى الطرار اذا طر الصرة من خارج الكم انه لا قطع عند أبى حنيفة رحمه الله فان أدخل يده فى الكم فطرها يقطع وقال أبو يوسف هذا كله سواء و يقطع و بتفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف و يتفق الجواب وهو أن الطر لا يخلو اما أن يكون بالقطع واما أن يكون بحل الرباط والدراهم لاتخلو اما ان كانت مصرورة على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة فى باطنه فان كان الطر بالقطع والدراهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم بعد القطع تقع على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول أبى حنيفة رحمه الله وان كانت مصرورة فى داخل الكم يقطع لانها بعد القطع تقع فى داخل الكم فكان الطر أخذا من الحرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول أبى يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحال لوحل الرباط تقع الدراهم على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه أخذها من غير حرز وهو تفسير قول أبى حنيفة رحمه الله وان كان اذا حل تقع الدراهم فى داخل الكم وهو يحتاج الى ادخال يده فى الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الحرز وهو تفسير قول أبى يوسف والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل أيضا يخرج النباش على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يقطع لان القبر ليس بحرز بنفسه أصلا اذ لا تحفظ الاموال فيه عادة ألا ترى أنه لوسرق منه الدراهم والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحافظ فلم يكن القبر حرزا بنفسه ولا بغيره أوفيه شبهة عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس حرزا لسائر الاموال فتمكنت الشبهة فى كونه حرزا فلا يقطع ثم اختلف أنه يعتبر فى كل شئ حرز مثله أوحرز نوعه قال بعض مشايخنا انه يعتبر فى كل شئ حرز مثله كالاصطبل للدابة والحظيرة للشاة حتى لوسرق اللؤلؤة من هذه المواضع لا يقطع وذكر الكرخى فى مختصره عن أصحابنا ان ما كان حرزا للنوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا سريجة البقال حرزا للجواهر فالطحاوى رحمه الله اعتبر العرف والعادة وقال حرز الشئ هو المكان الذى يحفظ فيه عادة والناس فى العادات لا يحرزون الجواهر فى الاصطبل والكرخى رحمه الله اعتبر الحقيقة لان حرز الشئ ما يحرز ذلك الشئ حقيقة وسريجة البقال تحرز الدراهم والدنانير والجواهر حقيقة فكانت حرزا لها والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون نصابا والكلام فى هذا الشرط يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى أصل النصاب انه شرط أم لا والثانى فى بيان

قدره

قدره والثالث فی بیان صفاته (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء أنه شرط فلا قطع فيما دون النصاب وحكى عن الحسن البصرى رحمه الله أنه ليس بشرط و يقطع فى القليل والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما من غير شرط النصاب وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده و يسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم أن من الحبال مالا يساوى دانقا والبيضة لا تساوى حبة (ولنا) دلالة النص والاجماع من الصحابة اما دلالة النص فلان الله سبحانه وتعالى أوجب القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفاء ومسارقة الاعين وانما تقع الحاجة فى الاستخفاء فيما له خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن أخذها سرقة فكان ايجاب القطع على السارق اشتراطا للنصاب دلالة (وأما) الاجماع فان الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الاختلاف بينهم فى التقدير واختلافهم فى التقدير اجماع منهم على أن أصل النصاب شرط وبه تبين أن مارووا من الحديث غير ثابت أو منسوخ أو يحمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة و بيضة خطيرة كبيضة الحديد توفيقا بين الدلائل والله تعالى أعلم (وأما) الكلام فى قدر النصاب فقد اختلف فيه أيضاً قال أصحابنا رضى الله عنهم انه مقدر بعشرة دراهم فلا قطع فى أقل من عشرة دراهم وقال مالك رحمه الله وابن أبى ليلى بخمسة وذكر القدورى رحمه الله عند مالك رحمه الله بثلاثين وقال الشافعى بربع دينار حتى لو سرق ربع دينار الاحبة وهو مع نقصانه يساوى عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوى عشرة لم يقطع عندنا وعنده يقطع وقيمة الدينار عندنا عشرة وعنده اثنا عشر على مانبين فى كتاب الديات احتج من اعتبر الخمسة بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع الخمسة الا بخمسة واحتج الشافعى رحمه الله بما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال تقطع يد السارق فى ربع دينار فصاعدا وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وهى قيمة ربع دينار عنده لان الدينار على أصله مقوم باثنى عشر درهما (ولنا) ماروى محمد فى الكتاب باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان لا يقطع الا فى ثمن مجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفى رواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع اليد الا فى دينار أو فى عشرة دراهم وعن ابن عباس رضى الله عنه عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع السارق الا فى ثمن المجن وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن أم أيمن أنه قال ماقطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ثمن المجن وكان يساوى يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد فى الاصل أن سيدنا عمر رضى الله عنه أمر بقطع يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم فمر به سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال ان هذا لا يساوى الا ثمانية فدرأ سيدنا عمر القطع عنه وعن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن مسعود رضى الله عنهم مثل مذهبنا والاصل أن الاجماع انعقد على وجوب القطع فى العشرة وفيما دون العشرة اختلف العلماء لاختلاف الاحاديث فوقع الاحتمال فى وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال واذا عرف أن النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر فى أخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وان اختلفت السرقة لم يقطع لفقد الشرط وعلى هذا مسائل اذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما فاخرجه الى صحنها ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه ثم عاد فأخذ درهما من البيت فأخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم ثم أخرج العشرة من الدار قطع لان هذه سرقة واحدة لان الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد فما دام فى الدار لم يوجد الاخراج من الحرز فاذا أخرج من الدار جملة فقد وجد اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج فى كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لان هذه سرقات اذ كل فعل منه اخراج من الحرز فكان

كل فعل منه معتبراً بنفسه وانه سرقة مادون النصاب فلا يوجب القطع وكذلك جماعة دخلوا داراً وأخرجوا من بيت من بيوتها المتاع مرة بعد أخرى الى صحن الدار ثم أخرجوه من الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان ما أخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم وان تفرق الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج جملة واحدة فهو سرقة واحدة فاذا تفرق فهو سرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من منزلين مختلفين بان سرق منه درهما أو تسعة لم يقطع لانهما سرقتان مختلفتان لان كل واحد من المنزلين حرز بانفراده فهتك أحدهما بما دون النصاب لا يعتبر في هتك الآخر فيبقى كل واحد منهما معتبرا في نفسه ولو سرق رجل عشرة دراهم لعشرة أنفس في موضع واحد قطع وان تفرق ملا كها يعتبر في ذلك حال السارق والسارق واحد فكان النصاب كاملا وانما اعتبر حال السارق دون المسروق منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه فيعتبر جانب من عليه ولا يعتبر جانب المسروق منه لان الحكم لم يجب له بل لله سبحانه وتعالى وان كان عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما يقطع اذا اخرج بالجميع من الدار لما ذكرنا أن الدار حرز واحد وقد أخرج منها نصابا كاملا فكانت السرقة واحدة وان اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة فيها حجر لكل واحد حجرة فسرق من كل حجرة أقل من عشرة لم يقطع لان ذلك سرقات اذ كل حجرة حرز بانفرادها والسرقات اذا اختلفت يعتبر في كل واحد منها كمال النصاب ولم يوجد ولو سرق عشرة أنفس من رجل واحد عشرة دراهم لم يقطعوا بخلاف الواحد اذا سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس أنه يقطع اذا كانت الدراهم في حرز واحد لما بينا أن المعتبر جانب السارق لا جانب المسروق منه فكانت السرقة واحدة فيعتبر كمال النصاب في حق السارق لا في حق المسروق منه وسواء كانت الدراهم مجتمعة أو متفرقة بعد ان كان الحرز واحدا حتى لو سرق عشرة دراهم متفرقا من كل كيس درهما من عشرة أنفس من منزل واحد يقطع لان الحرز واحد فاذا أخرجها منه فقد خرج بنصاب كامل من السرقة فيقطع ولو سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فاخذ ثوبا آخر يساوي تسعة فاخرجه لم يقطع لانه لم يبلغ المأخوذ في كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفات النصاب (فمنها) أن تكون الدراهم المسروقة جيادا حتى لو سرق عشرة زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة لا يقطع الا أن تكون كثيرة تبلغ قيمة عشرة جياد وكذلك المسروق من غير الدراهم اذا كان لا تبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم جياد لا يقطع لان مطلق اسم الدراهم في الاحاديث ينصرف الى الجياد (ومنها) أن يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة كذا قالوا لان اسم الدراهم عند الاطلاق يقع على ذلك ألا ترى أنه قدر به النصاب في الزكوات والديات وكذا الناس أجمعوا على هذا في وزن الدراهم ولان هذا أوسط المقادير لان الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا وكبارا فاذا جمع صغير وكبير كانا درهمين من وزن سبعة فكان هذا الوزن هو أوسط المقادير فاعتبر به لقوله عليه الصلاة والسلام خير الامور أوساطها وهل يعتبر أن تكون مضروبة ذكر الكرخي عليه الرحمة أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وهكذا روى بشر عن أبي يوسف وابن سماعة عن محمد حتى لو كان تبرا قيمته عشرة دراهم مضروبة لا يقطع وروى الحسن عن أبي حنيفة عليهم الرحمة أن السارق اذا سرق عشرة دراهم مما يجوز بين الناس ويروج في معاملاتهم قطع وهذا يدل على أن كونها مضروبة ليس بشرط بل يقطع في المضروبة وغيرها اذا كان مما يجوز بين الناس ويروج في معاملاتهم لهما أن تقدير نصاب السرقة وقع بالدراهم أو تقويم المجن وقع بالدراهم والدراهم اسم للمضروبة والتبر ليس بمضروب ولا في معنى المضروب في المالية أيضا لانه ينقص عنه في القيمة فأشبه نقصان الوزن وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الجواز والرواج في معاملات الناس فأجرى به التعامل بين الناس يستوى في نصابه المضروب والصحيح والمكسر كما في نصاب الزكاة فما قاله أبو حنيفة رحمه الله أقرب الى القياس وما قاله أبو يوسف ومحمد أقرب الى الاحتياط في باب الحدود ثم كمال النصاب في قيمة المسروق يعتبر وقت السرقة لا غير أم وقت السرقة والقطع جميعا وفائدة هذا تظهر فيما

اذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم نقصت انه هل يسقط القطع فجملة الكلام فيه ان نقصان المسروق لا يخلو اما ان كان نقصان العين بأن دخل المسروق عيب أو ذهب بعضه (واما) ان كان نقصان السعر فان كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لان نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض أولى وان كان نقصان السعر ذكر الكرخي رحمه الله لا يقطع في ظاهر الرواية وتعتبر قيمته في الوقتين جميعا وروى محمد رحمه الله انه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله انه تعتبر قيمته وقت الاخراج من الحرز وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يؤثر في المحل وهذا يؤثر فيه ثم نقصان العين لم يؤثر في اسقاط القطع فنقصان السعر أولى (وجه) ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي رحمه الله الفرق بين النقصانين (ووجه) الفرق بينهما ان نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لان العين بحالها قائمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلا فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين اذ هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقديره وجوده وقت السرقة وكذا اذا سرق في بلد فأخذ في بلد آخر والقيمة فيه أنقص ذكر الكرخي رحمه الله انه لا يقطع حتى تكون القيمة جميعا في السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوي رحمه الله تعتبر قيمته وقت السرقة لا غير والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصودا بالسرقة لا تبعا لمقصود ولا يتعلق القطع بسرقته في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله هذا ليس بشرط والاصل في هذا أن المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا بنفسه يقطع بلا خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع وكذلك اذا كان واحد منهما مقصودا ولا يبلغ بنفسه نصابا يكمل أحدهما بالآخر و يقطع وان كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وان كان معه غيره مما يبلغ نصابا اذا لم يكن الغير مقصودا بالسرقة بل يكون تابعا في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله يقطع اذا كان ذلك الغير نصابا كاملا وبيان هذه الجملة في مسائل اذا سرق اناء من ذهب أو فضة فيه شراب أو ماء أو لبن أو ماء ورد أو ثريد أو نبيذ أو غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله أن ما في الاناء اذا كان مما لا يقطع فيه التحق بالعدم فيعتبر أخذ الاناء على الانفراد فيقطع فيه (وجه) قولهما ان المقصود من هذه السرقة ما في الاناء والاناء تابع ألا يرى انه لو قصد الاناء بالاخذ لا بقي ما فيه وما في الاناء لا يجب القطع بسرقته فاذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالتابع والى هذا أشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال انما أنظر الى ما في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم أقطعه ولو سرق ما في الاناء في الدار قبل أن يخرج الاناء منها ثم أخرج الاناء فارغا منه قطع لانه لما سرق ما فيه في الدار علم ان مقصوده هو الاناء والمقصود بالسرقة اذا كان مما يجب القطع بسرقته و بلغ نصابا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا سرق صبيا حرا لا يعبر عن نفسه وعليه حلي وان كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لان له يدا على نفسه وعلى ما عليه من الحلي فلا يكون أخذه سرقة بل يكون خداعا فلا يقطع وكذلك اذا سرق عبدا صبيا يعبر عن نفسه وعليه حلي أو لم يكن لا يقطع بلا خلاف وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع بناء على أن سرقة مثل هذا العبد يوجب القطع عندهما وعنده لا يوجب والمسئلة قد مرت ولو سرق كلبا أو غيره من السباع في عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفا مفضضا أو رصعا بياقوت لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزا قيمته تسعة دراهم وفيه عسل يساوي درهما يقطع لان المقصود ما فيه من العسل والكوز تبع فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوي تسعة وعليه اكاف يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر ان كان ذلك الثوب يصلح وعاء للدراهم بأن تشد فيه الدراهم عادة بأن كانت خرقة ونحوها يقطع لان المقصود بالاخذ هو ما فيه وان كان لا يصلح بأن كان ثوب كرباس فان كان تبلغ قيمة الثوب

نصابا بأن كان يساوى عشرة يقطع بلا خلاف لان الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وان كان لا يبلغ نصابا قال أبو حنيفة رحمه الله لا يقطع وذكر فى الاصل ان اللص ان كان يعلم بالدراهم يقطع وان كان لا يعلم لا يقطع وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف و روى عنه انه يقطع علم بها أو لم يعلم (ووجهه) ان العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط أن يكون نصابا وقد وجد (وجه) رواية الاصل انه اذا كان يعلم بالدراهم كان مقصوده بالاخذ الدراهم وقد بلغت نصابا فيقطع واذا كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وانه لم يبلغ النصاب فلا يقطع (وجه) الرواية الاخرى لابى حنيفة عليه الرحمة ان مثل هذا الثوب اذا كان مما لا تشد به الدراهم عادة كان مقصودا بنفسه بالسرقة وان لم يبلغ نصابا فلم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لانه تابع له ولو سرق جوالقا أو جرابا فيه مال كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو المظروف لا الظرف والمقصود مما يجب القطع بسرقته فيقطع وكذا اذا كان الثوب لا يساوى عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لان الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء لليسير ففيما يصلح وعاء له يعتبر ما فيه لانا نعلم يقينا ان مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصودا بالسرقة وما فيه تابعا له ولا قطع فى المقصود لنقصان النصاب فكذا فى التابع لان التبع حكمه حكم الاصل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المسروق منه فهو أن يكون له يد صحيحة وهو يد الملك أو يد الامانة كيد المودع والمستعير والمضارب والمبضع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فيجب القطع على السارق من هؤلاء أما من المالك فلا شك فيه وكذا من أمينه لان يد أمينه يده فالاخذ منه كالاخذ من المالك فأما من الغاصب فان منفعة يده عائدة الى المالك اذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجه ولان المغصوب مضمون على الغاصب وضمان الغصب عند نا ضمان ملك فأشبه يد المشترى والمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع على السارق منهم وهل يستوفى بخصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره ان شاء الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لان يد السارق ليست بيد صحيحة اذ ليست يد ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان فكان الاخذ منه كالاخذ من الطريق وان كان القطع درئ عن الاول قطع الثانى لانه اذا درئ عنه القطع صارت يده يد ضمان و يد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المسروق فيه وهو المكان فهو أن تكون السرقة فى دار العدل فلا يقطع بالسرقة فى دار الحرب ودار البغى لانه لا يد للامام فى دار الحرب ولا على دار البغى فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سببا لوجوب القطع و بيان هذا فى مسائل التجار أو الاسارى من أهل الاسلام فى دار الحرب اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى دار الاسلام فأخذ السارق لا يقطعه الامام لانه لا يد للامام فى دار الحرب فالسرقة الموجودة فيهما لم تنعقد سببا لوجوب القطع فلا تستوفى فى دار الاسلام وكذلك التجار من أهل العدل فى معسكر أهل البغى أو الاسارى فى أيديهم اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى أهل العدل فأخذ السارق لم يقطعه الامام لان السرقة وجدت فى موضع لا يد للامام عليه فأشبهت السرقة فى دار الحرب وكذلك رجل من أهل البغى جاء للامام تائبا وقد سرق من أهل البغى لم يقطعه لما قلنا وكذلك رجل من أهل العدل أغار على معسكر أهل البغى فسرق منهم لم يقطعه الامام لان السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولانه أخذ عن تأويل لان لاهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغى و يحبسونها عندهم حتى يتوبوا فكان فى العصمة شبهة العدم وكذلك الرجل من أهل البغى اذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد الى معسكره ثم أخذ بعد ذلك لم يقطع لانهم يعتقدون اباحة أموالنا ولهم منعة فكان أخذه عن تأويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف ولو أن رجلا من أهل العدل سرق من انسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر و يستحل دمه وماله يقطع لان مجرد اعتقاد الاباحة لا عبرة به ولانا لو اعتبرنا ذلك لادى الى سد باب الحد

لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فما يؤدى اليه مثله

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضى فنقول و بالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضى تظهر بأحد أمرين أحدهما البينة والثانى الاقرار أما البينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها خبر يرجح فيه جنبة الصدق على جنبة الكذب فيظهر المخبر به وشرائط قبول البينة فى باب السرقة بعضها يعم البينات كلها وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الشهادات و بعضها يخص أبواب الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان فى شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة الى تحملها فيما يحتال لدفعه و يحتاط لدرئه وكذا عدم تقادم العهد الا فى حد القذف والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع و يضمن المال والاصل ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا يبطل الاقرار أيضاً والفرق ذكرناه فى كتاب الحدود وانما ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال و بعضها يخص أرباب الاموال والحقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا انه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه و يخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة فاذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم أورث تهمة و يجوز الحبس بالتهمة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال انسان والعبد يجحد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يشترط حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البينة وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عن أبى يوسف رحمه الله رواية اخرى أنه لا يشترط و يقضى عليه بالقطع وان كان مولاه غائبا (وجه) هذه الرواية أن القطع انما يجب على العبد بالسرقة من حيث انه آدمى مكلف لا من حيث انه مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه المولى أجنبى عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط حضرة سائر الاجانب ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضور المولى كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة أن هذه البينة تتضمن اتلاف ملك المولى فلا يقضى بها مع غيبة المولى كالبينة القائمة على ملك شئ من رقبة العبد ولان من الجائز أنه لو كان حاضر الادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود تدرأ ما أمكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده بوجه فلم تتمكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستحلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع و يقضى بالمال لان النكول اما أن يجرى مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والاباحة والمال يحتمل البدل والاباحة واما أن يجرى مجرى اقرار فيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال (وأما) الاقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضاً لان الانسان غير متهم فى الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبينة و بل أولى لان المرء قد يتهم فى حق غيره مالا يتهم فى حق نفسه وسواء كان الذى أقر بالسرقة عبدا مأذونا أو محجورا بعد ان كان من أهل وجوب القطع عليه وعند زفر رحمه الله لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق المولى وجملة الكلام أن العبد اذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو اما ان كان مأذونا أو محجورا والمال قائم أو هالك فان كان مأذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه فى اقراره أو كذبه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان المال قائما فهو للمسروق منه وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه (وجه) قوله أن اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لان ما فى يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديق المولى (ولنا) أن العبد غير متهم فى هذا الاقرار لان المولى ان كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما فى اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى فى يد العبد فى حق القطع كما لا ملك له فى نفسه فى حق القتل فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل اقراره كالحر و به

تبين أن اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى فى حق القطع لعدم الحق له فى حقه وان كان محجورا تقطع يده ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولاه أو صدقه وان كان قائما فان صدقه مولاه تقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالى اختلف فيه أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد فى الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى و يضمن مثله للمقر له بعد العتق (وجه) قوله ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما فى يده ملك مولاه ظاهرا وغالبا واذا لم ينفذ اقراره بالمال بقى المال على حكم ملك المولى ولا قطع فى مال المولى بخلاف المأذون لان اقراره بالمال جائز واذا جاز اقراره بالمال لغيره تثبت السرقة منه فيقطع (وجه) قول أبى يوسف أن اقراره بالحد جائز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره فى حق الحد جوازه فى المال ألا ترى أنه لو قال سرقت هذا المال الذى فى يد زيد من عمرو يقبل اقراره فى القطع ولا يقبل فى المال كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن اقرار العبد بالحد جائز لما ذكرنا فى العبد المأذون فلزمه القطع فبعد ذلك لا يخلو اما أن يقطع فى المال المقر به بعينه و يرد المسروق الى المولى واما أن يقطع فى مال بغير عينه لا سبيل الى الاول لان قطع اليد فى مال محكوم به لمولاه لا يجوز ولا يجوز أن يقطع فى مال بغير عينه لان الاقرار صادف مالا معينا فتعين أن يقطع فى المال المقر به بعينه و يرد المال الى المسروق منه هذا اذا كان العبد بالغا عاقلا وقت الاقرار فاما اذا كان صبيا عاقلا فلا قطع عليه لانه ليس من أهل الخطاب بالشرائع ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره بالمال فان كان قائما يرد عليه وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره الا بتصديق المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان قائما وان كان هالكا لا ضمان عليه لا فى الحال ولا بعد العتاق ولو أقر العبد بسرقة مادون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره و يرد المال الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سواء كان العبد مخاطبا أو لم يكن وان كان محجورا فان صدقه مولاه فكذلك وان كذبه فالمال للمولى و يضمن العبد بعد العتق ان كان مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل فى جنس هذه المسائل ان كل ما لا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا أقر على عبده بالقصاص أو حد الزنا أو حد القذف أو السرقة أو القطع فى السرقة لا يصح فاذا أقر العبد بهذه الاشياء يصح (وأما) اذا أقر المولى على عبده بالجناية فيما دون النفس فيما يجب فيه الدفع أو الفداء فانه ينظر ان لم يكن عليه دين صح لان الجناية فيما دون النفس يسلك فيها مسلك الاموال فكأن المولى أقر عليه بالدين ولو أقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو أقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا أقر عليه بالجناية والله سبحانه وتعالى أعلم وعدم التقادم فى الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سواء تقادم عهد السرقة أو لا بخلاف البينة والفرق ذكرناه فى كتاب الحدود واختلف فى العدد فى هذا الاقرار انه هل هو شرط قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ليس بشرط و يظهر بالاقرار مرة واحدة وقال أبو يوسف رحمه الله شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين فى مكانين والدلائل ذكرناها فى كتاب الحدود وكذا اختلف فى دعوى المسروق منه انها هل هى شرط كون الاقرار مظهرا للسرقة كما هى شرط كون البينة مظهرة لها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله شرط حتى لو أقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه و يخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى فى الاقرار ليست بشرط و يقطع حال غيبة المسروق منه (وجه) قوله ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والانسان يصدق فى الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو أقر بالزنا بامرأة وهى غائبة قبل اقراره وحد كذا هذا ولهما ماروى ان سمرة رضى الله عنه قال للنبى عليه الصلاة والسلام انى سرقت لآل فلان فأنفذ اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألهم فقالوا انا فقدنا بعيرا لنا فى ليلة كذا فقطعه فلولا ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسألهم بل كان يقطع السارق ولان كل من فى يده شئ فالظاهر انه ملكه (فأما) اذا أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له والغائب يجوز أن يصدقه فيه و يجوز أن يكذبه فيبقى على حكم

ملك

ملك السارق فلا يقطع ولان فى ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه فانه يحتمل أن يحضر فيكذبه فى اقراره بخلاف الاقرار بالزنا بامرأة غائبة انه يحد المقر وان كان يحتمل أن تحضر المرأة فتدعى شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة فى درء الحد وههنا بخلافه لان المسروق منه لو كان حاضرا و كذب السارق فى اقراره بالسرقة منه لم يقطع لا لمكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبة اعتبار شبهة الشبهة والله تعالى أعلم قال محمد لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدرى لمن هى أو قال سرقتها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى ولان الخصومة لما كانت شرطاً فاذا كان المسروق منه مجهولا لا تتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرف ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينة على الاتفاق و بالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول و بالله التوفيق الاصل ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فالمالك أن يخاصم السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان يد المالك يد صحيحة (وأما) المودع والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أن لهم أن يخاصموا السارق وتعتبر خصومتهم فى حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى أيديهم وأما فى حقوق القطع فكذلك عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله و يقطع السارق بخصومتهم وعند زفر رحمه الله لا تعتبر خصومتهم فى حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هؤلاء وعند الشافعى رحمه الله لا يعتبر بخصومة غير المالك أصلا لا فى حق القطع ولا فى حق ولاية الاسترداد (ووجه) قول زفر رحمه الله أن يد هؤلاء ليست بيد صحيحة فى الاصل أما يد المرتهن فظاهر لانها يد حفظ لانه يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ ليتمكن من التسليم من المالك وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن يدهم يد ضمان لا يد خصومة وانما ثبت لهم ولاية الخصومة لامكان الرد الى المالك فكان ثبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهى الضرورة فكانت الخصومة منعدمة فى حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا (ولنا) ان الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم ان المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة ثبت بخصومة هؤلاء واذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما نذكر على أن عدم القطع هناك لخلل فى ملك المسروق لما بينا فيما تقدم وههنا لا خلل فى العصمة ألا ترى أن هناك لا يقطع بخصومة المالك وههنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل له أن يخاصم السارق و يقطعه ذكر فى الجامع الصغير أن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك (وجه) رواية ابن سماعة أن ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة (وجه) رواية الجامع ان الخصومة فى باب السرقة انما شرطت ليعلم أن المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك فتصح خصومته كما تصح خصومة المرتهن بل أولى لان يد المرتهن يد نيابة فلما صحت الخصومة بيد النيابة فبيد الاصالة أولى ولو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب ذكر فى الجامع الصغير ان له أن يخاصم و يطالب بالقطع ولم يذكر ابن سماعة فى الغصب خلافا وذكر القدورى عليه الرحمة أنه ينبغى أن يكون الخلاف فيهما واحدا وليس للراهن أن يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضاء الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له أن يخاصم لانه ثبت ولاية القبض بالفكاك قال القدورى رحمه الله وعلى قياس رواية ابن سماعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن كما فى المودع بل أولى لان يد المرتهن أقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه و يد المودع لغيره ولو هلك الرهن

فى يد السارق كان للمرتهن أن يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لان المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية (فاما) الراهن فلم يبق له حق فى المرهون ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة (وأما) السارق فلا يملك الخصومة لان يده ليست بمضمونة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان ولا يد أمانة فصار الاخذ من يده كالاخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثانى بالقطع ولا للمالك أيضاً ولاية المخاصمة لان أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة وهل للسارق الاول أن يطالب الثانى برد المسروق الى يده قالوا فيه روايتان فى رواية له ذلك وفى رواية ليس له ذلك (وجه) الرواية الاولى على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الاخذ منه كالاخذ من الطريق سواء (وجه) الرواية الثانية أن من الجائز أن يختار المالك الضمان و يترك القطع فيحتاج الى أن يسترده من يده فيدفع اليه فيتخلص عن الضمان كما فى الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدورى عليه الرحمة أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك (وأما) بعد القطع فليس له ذلك لان قبل القطع يحتمل اختيار الضمان و بعده لا قال و يجوز ان يقال له ذلك بعد القطع أيضاً لان الضمان ان لم يجب عليه فى القضاء فهو واجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى فيحتاج الى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضى سواء استفاده قبل زمان القضاء أو فى زمان القضاء لما ذكرنا فى كتاب أدب القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال (أما) الذى يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولما روينا من الاخبار وعليه اجماع الامة فالكلام فى هذا الحكم يقع فى مواضع فى بيان صفات هذا الحكم وفى بيان محل اقامته وفى بيان من يقيمه وفى بيان ما يسقط بعد ثبوته وفى بيان حكم السقوط بعد الثبوت أو عدم الثبوت أصلا لمانع من الشبهة (أما) صفات هذا الحكم فانواع (منها) أن يبقى وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع فى سرقة واحدة ولقب المسئلة أن الضمان والقطع هل يجتمعان فى سرقة واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق فى يد السارق بعد القطع أو قبله لا ضمان عليه وعند الشافعى رحمه الله فيقطع و يضمن ما استهلكه (وجه) قوله أنه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعا وانما قلنا ذلك لانه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب القطع والضمان لانها جناية حقين حق الله عز وجل وحق المسروق منه (أما) الجناية على حق الله سبحانه وتعالى فهتك حرمة حفظ الله سبحانه وتعالى اذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله سبحانه وتعالى (وأما) الجناية على حق العبد فبا تلاف ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث انها جناية على حق الله سبحانه وتعالى وضمان المال من حيث انها جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذمى انه يجب عليه الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للعبد وكذا قتل الخطأ يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا والدليل عليه ان المسروق لو كان قائما يجب رده على المالك فدل انه بقى معصوما حقا للمالك (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان الله سبحانه وتعالى سمى القطع جزاء والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف فى الخبر والثانى انه جعل القطع كل الجزاء لانه عز شأنه ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص الكتاب العزيز وأما السنة فما روى عن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا قطع السارق فلا غرم عليه والغرم فى اللغة ما يلزم أداؤه وهذا نص فى الباب (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما بناء والآخر ابتداء (أما) وجه البناء فهو ان المضمونات عندنا تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الاخذ فلو ضمنا السارق

قيمة المسروق أومثله لملك المسروق من وقت الاخذ فتبين انه قطع فى ملك نفسه وذلك لايجوز (وأما) وجه الابتداء فما قاله بعض مشايخنا وهوان الضمان انما يجب بأخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقا للمالك فيجب أن يكون المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل فى ضمان العدوانات والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقى معصوما حقاً للمالك لما وجب اذ الثابت حقا للعبد يثبت لدفع حاجته وحاجة السارق كحاجة المسروق منه فتتمكن فيه شبهة الاباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع واجب فينتفى الضمان ضرورة الا أنه وجب رد المسروق حال قيامه لان وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة ألا ترى ان من غصب خمر المسلم يؤمر بالرد اليه لقيام ملكه فيها ولو هلكت فى يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد زوال ملكه عن المحل وههنا الملك قائم فيؤمر بالرد اليه والعصمة زائلة فلا يكون مضمونا بالهلاك ويخرج على هذا الاصل مسائل اذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه يضمن (وجه) هذه الرواية ان المسروق بعد القطع بقى على ملك المسروق منه ألا ترى انه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان المسروق فى يده بمنزلة الامانة فاذا استهلكها ضمن (وجه) ظاهر الرواية ان عصمة المحل الثابتة حقا للمالك قد سقطت فى حق السارق لضرورة امكان ايجاب القطع فلا يعود الا بالرد الى المالك فلم يكن معصوما قبله فلا يكون مضمونا ولو استهلك رجل آخر يضمنه لان العصمة انما سقطت فى حق السارق لا فى حق غيره فيضمن ولو سقط القطع لشبهة ضمن لان المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن ياخذه لانه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذى دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق فى عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب ذلك ملك المسروق للسارق وان كان هلك فى يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا روى عن أبى يوسف أما السارق فلأن القطع ينفى الضمان (وأما) المشترى فلأنه لو ضمنه المالك لكان له أن يرجع بالضمان على السارق فيصير كأن المالك ضمن السارق وقطعه ينفى الضمان عنه وان كان استهلكه القابض كان للمالك أن يضمنه القيمة لانه قبض ماله بغير اذنه وهلك فى يده وللمشترى أن يرجع على السارق بالثمن لان الرجوع بالثمن ليس بتضمين ولو اغتصبه انسان من السارق فهلك فى يده بعد القطع فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه (أما) السارق فلانه ليس بمالك (وأما) المالك فلان العصمة الثابتة له حقا قد بطلت قال القدورى وكان للمولى أن يضمنه الغاصب لانه لو ضمن لا يرجع بالضمان على السارق وعلى هذا يخرج ما اذا سرق ثوبا فخرقه فى الدار خرقا فاحشا ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم لا يقطع لان الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان وأنه يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وان خرقه عرضا فقد مر الاختلاف فيه (ومنها) أن يجرى فيه التداخل حتى انه لو سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع أو رفع فى بعضها فقطع فيما رفع فالقطع للسرقات كلها ولا يقطع فى شئ منها بعد ذلك لان أسباب الحدود اذا اجتمعت وانها من جنس واحد يكتفى فيها بحد واحد كما فى الزنا وهذا لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل باقامة الحد الواحد فكان فى اقامة الثانى والثالث شبهة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا يكتفى فى باب الزنا بالاقامة لاول حد كذا هذا ولان محل الاقامة قد فات اذ محلها اليد اليمنى لان كل سرقة وجدت ما أوجبت الا قطع اليد اليمنى فاذا قطعت فى واحدة منها فقد فات محل الاقامة وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى بآفة سماوية وأما حكم الضمان فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أنه اذا حضر أصحاب السرقات وخاصموا فيها فقطع بمخاصمتهم انه لا ضمان على السارق فى السرقات كلها الا ان مخاصمة المسروق منه بالقطع بمنزلة الابراء عن الضمان عندنا فاذا خاصموا جميعا فكانهم أبرؤا واما اذا خاصم واحد فى سرقة فقطع فلا ضمان على السارق فيما خوصم باجماع بين أصحابنا

رضی اللہ عنہم واما فیما لم یخاصم فیہ فقد اختلفوا قال أبو حنیفۃ رحمہ اللہ لا ضمان علیہ فی شیء من السرقات خاصموا أو لم یخاصموا وقال أبو یوسف ومحمد رحمہما اللہ یضمن فی السرقات کلہا الا فیما خوصم (وجہ) قولہما ان المسروق منہ مخیر بین ان یدعی المال یستوفی حقہ وہو الضمان و بین ان یدعی السرقۃ لیستوفی فی حق اللہ سبحانہ وتعالی وہو القطع ولا ضمان لہ فکان سقوط الضمان مبنیاً علی دعوی السرقۃ والخصومۃ فیہا فمن خاصم منہم فقد وجد منہ ما یوجب سقوط الضمان ومن لم یخاصم لم یوجد منہ المسقط فیبقی حقہ فی الضمان کما کان ولابی حنیفۃ رحمہ اللہ ان النافی للضمان ہو القطع والقطع وقع للسرقات کلہا فینفی الضمان فی السرقات کلہا ہذا اذا کان المسروق ہالکا اما اذا کان قائما رد کل مسروق الی صاحبہ لان القطع ینفی الضمان لا الرد ومنہا انہ لا یحتمل العفو حتی لو أمر الامام بقطع السارق فعفا عنہ المسروق منہ کان عفوہ باطلا لان صحۃ العفو یعتمد کون المعفو عنہ حقا للعافی والقطع خالص حق اللہ سبحانہ وتعالی لا حق للعبد فیہ فلا یصح عفوہ واللہ سبحانہ وتعالی أعلم واما محل اقامۃ ہذا الحکم فالکلام فیہ فی موضعین أحدہما فی بیان أصل المحل ومراعاۃ الترتیب فیہ والثانی فی بیان موضع اقامۃ الحکم منہ اما الاول فاصل المحل عند أصحابنا طرفان فقط وہما الید الیمنی والرجل الیسری فتقطع الید الیمنی فی السرقۃ الاولی وتقطع الرجل الیسری فی السرقۃ الثانیۃ ولا یقطع بعد ذلک أصلا ولکنہ یضمن السرقۃ ویعزر ویحبس حتی یحدث توبۃ عندنا وعند الشافعی رحمہ اللہ الاطراف الاربعۃ محل القطع علی الترتیب فتقطع الید الیمنی فی المرۃ الاولی وتقطع الرجل الیسری فی المرۃ الثانیۃ وتقطع الید الیسری فی المرۃ الثالثۃ وتقطع الرجل الیمنی فی السرقۃ الرابعۃ احتج الشافعی رحمہ اللہ بقولہ تعالی والسارق والسارقۃ فاقطعوا أیدیہما والایدی اسم جمع والاثنان فما فوقہما جماعۃ علی لسان رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وقال اللہ تعالی ان تتوبا الی اللہ فقد صغت قلوبکما وانہ لم یکن لکل واحد الا قلب واحد الا ان الترتیب فی قطع الایدی ثبت بدلیل آخر وہذا لا یخرج الید الیسری من ان تکون محلا للقطع فی الجملۃ وروی ان سیدنا أبا بکر رضی اللہ عنہ قطع سارق حلی أسماء وکان أقطع الید والرجل (ولنا) ماروی ان سیدنا علیا رضی اللہ عنہ أتی بسارق فقطع یدہ ثم أتی بہ الثانیۃ وقد سرق فقطع رجلہ ثم أتی بہ الثالثۃ وقد سرق فقال لا أقطعہ ان قطعت یدہ فبأی شیء یأکل بأی شیء یتمسح وان قطعت رجلہ بأی شیء یمشی انی لاستحی من اللہ فضربہ بخشبۃ وحبسہ وروی ان سیدنا عمر رضی اللہ عنہ أتی بسارق أقطع الید والرجل قد سرق نعالا یقال لہ سدوم وأراد ان یقطعہ فقال لہ سیدنا علی رضی اللہ عنہ انما علیہ قطع ید ورجل فحبسہ سیدنا عمر رضی اللہ عنہ ولم یقطعہ وسیدنا عمر وسیدنا علی رضی اللہ عنہما لم یزیدا فی القطع علی قطع الید الیمنی والرجل الیسری وکان ذلک بمحضر من الصحابۃ رضی اللہ عنہم ولم ینقل انہ أنکر علیہما منکر فیکون اجماعا من الصحابۃ رضی اللہ عنہم (ولنا) أیضاً دلالۃ الاجماع والمعقول اما دلالۃ الاجماع فہی انا أجمعنا علی ان الید الیمنی اذا کانت مقطوعۃ لا یعدل الی الید الیسری بل الی الرجل الیسری ولو کان للید الیسری مدخلا فی القطع لکان لا یعدل الا الیہا لانہا منصوص علیہا ولا یعدل عن المنصوص علیہ الی غیرہ فدل العدول الی الرجل الیسری لا الیہا علی انہ لا مدخل لہا فی القطع بالسرقۃ أصلا وہذا النوع من الاستدلال ذکرہ الکرخی رحمہ اللہ واما المعقول فہو ان فی قطع الید الیسری تفویت جنس منفعۃ من منافع النفس أصلا وہی منفعۃ البطش لانہا تفوت بقطع الید الیسری بعد قطع الیمنی فتصیر النفس فی حق ہذہ المنفعۃ ہالکۃ فکان قطع الید الیسری اہلاک النفس من وجہ وکذا قطع الرجل الیمنی بعد قطع الرجل الیسری تفویت منفعۃ المشی لان منفعۃ المشی تفوت بالکلیۃ فکان قطع الرجل الیمنی اہلاک النفس من کل وجہ واہلاک النفس من کل وجہ لا یصلح حداً فی السرقۃ کذا اہلاک النفس من وجہ لان الثابت من وجہ ملحق بالثابت من کل وجہ فی الحدود احتیاطاً ولا حجۃ لہ فی الآیۃ الشریفۃ لان ابن مسعود رضی اللہ عنہ قرأ فاقطعوا أیمانہما ولا یظن بمثلہ ان یقرأ ذلک من تلقاء نفسہ بل سماعا من رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم فخرجت قراءتہ مخرج التفسیر لہم الکتاب العزیز وہکذا روی عن عبد اللہ بن

عباس رضى الله عنهما فى قوله عز وجل فاقطعوا أيديهما انه قال أيمانهما وهكذا روى عن الحسن وابراهيم رحمهما الله وأما حديث لاقطع فقد روى الزهرى فى الموطأ عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت لما كان الذى سرق حلى أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع سيدنا أبو بكر رضى الله عنه رجله اليسرى وكانت تنكر ان يكون أقطع اليد والرجل ثم انما تقطع يده اليمنى فى الكرة الاولى اذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليمنى صحيحة يمكنه الانتفاع بها بعد قطع الرجل اليسرى فان كانت اليد اليسرى مقطوعة أوشلاء اومقطوعة الابهام أواصبعين سوى الابهام لاتقطع اليد اليمنى لان القطع فى السرقة شرع زاجرا لامهلكا فاذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع تفويتا لجنس المنفعة وهى منفعة البطش أصلا فيقع اهلاكا للنفس من وجه فلا تقطع ولا يقطع رجله اليسرى أيضا لانه يذهب أحد الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة أصبع واحدة سوى الابهام تقطع يده اليمنى لان القطع لايتضمن فوات جنس المنفعه وكذا ان كانت الرجل اليمنى مقطوعة أوشلاء أو بها عرج يمنع المشى عليها لاتقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الشق ولا رجله اليسرى وان كانت صحيحة لانه يبقى بلا رجلين فيفوت جنس المنفعة ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع كلها فان كان يستطيع القيام والمشى عليها تقطع يده اليمنى لان الجنس لا يفوت وان كان لايستطيع لا يقطع لفوات الشق ولو كانت يداه صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أوشلاء أومقطوعة الابهام أوالاصابع تقطع يده اليمنى لان جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه فوات الشق أيضا ولوسرق و يمناه شلاء أومقطوعة الابهام أوالاصابع لقوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما أى أيمانهما من غير فصل بين يمين و يمين ولانها لو كانت سليمة تقطع فالناقصة المعيبة أولى بالقطع ثم فرق بين القطع فى السرقة و بين الاعتاق فى الكفارة حيث جعل فوات اصبعين سوى الابهام من اليد اليسرى نقصانا مانعا من قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات اصبعين نقصانا مانعا من جواز الاعتاق مالم يكن ثلاثا (وجه) الفرق ان القطع حد فهذا القدر من النقصان يورث شبهة بخلاف العتق والله سبحانه وتعالى أعلم ولوقال الحاكم للحداد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى فهذا على وجهين اما أن قال اقطع يده مطلقا واما ان قيده فقال اقطع يده اليمنى فان أطلق فقال له اقطع يده فقطع اليسرى لاضمان عليه للحال لانه فعل ما أمر به حيث أمره بقطع اليد وقد قطع اليد وان قيد فقال اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى فان أخرج السارق يده وقال هذا هو يمينى فلا ضمان عليه أيضا لانه قطع بامره فلا يضمن كمن قال لآخر اقطع يدى فقطعه لاضمان عليه كذا هذا وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطأ لا ضمان عليه عند أصحابنا رضى الله عنهم وعند زفر رضى الله عنه يضمن لان الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر (ولنا) ان هذا خطأ فى الاجتهاد لانه أقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما من غير فصل بين اليمين واليسار فكان هذا خطأ من المجتهد فى الاجتهاد وانه موضوع وموضوع المسألة فى هذا الخطا الا فيما اذا أخطأ فظن اليسار يمينا مع اعتقاد وجوب قطع اليمين مع ما ان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يضمن هنالك أيضا على ما نبين وان قطع اليسرى عمدا لاضمان عليه أيضا عند أبى حنيفة وعندهما يضمن لهما انه تعمد الظلم باقامة اليسار مقام اليمين فلم يكن معذورا فيضمن ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أتلف وأخلف خيرا مما أتلف فلا يضمن كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته الف بألفين ثم رجعا انهما لا يضمنان لما قلنا كذا هذا وانما قلنا انه أخلف خيرا مما أتلف لانه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى لانها لاتقطع بعد ذلك لانه لا يؤتى على أطرافه الاربعة واليمنى خير من اليسرى ثم على قول أبى حنيفة عليه الرحمة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعا من السرقة حتى اذا هلك المال فى يد السارق أو استهلكه لا يضمن أولا يكون من السرقة حتى يضمن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون وقال بعضهم لا يكون هذا كله اذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما الاجنبى اذا قطع يده اليسرى فان كان خطأ تجب الدية وان كان عمدا تجب القصاص وسقط عنه القطع فى اليمين لانه لو قطع يؤدى الى اهلاك النفس من وجه على ما بينا

ويردعليه المسروق ان كان قائماً وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليمين في السرقة فلم تقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص ان كان عمدا والارش ان كان خطأ وتقطع رجله اليسرى في السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضاء فكذلك الجواب الا أنا ههنا لا نقطع رجله اليسرى لانه لما خوصم كان الواجب في اليمين وقد فاتت فسقط الواجب كما لو ذهب بآفة سماوية وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة حد الله سبحانه وتعالى فكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده أو استهلك وأما الموضع الذي يقطع من اليد اليمنى فهو مفصل الزند عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال بعضهم تقطع الاصابع وقال الخوارج تقطع من المنكب لظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا لما روى انه عليه الصلاة والسلام قطع يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بيانا للمراد من الآية الشريفة كانه نص سبحانه وتعالى فقال فاقطعوا أيديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاه لان هذا حد والمتولى لاقامة الحدود الأئمة أو من ولوهم من القضاة والحكام وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل استوفيناه في كتاب الحدود واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فنقول ما يسقطه بعد وجوبه أنواع منها تكذيب المسروق منه السارق في اقراره بالسرقة بان يقول له لم تسرق مني ومنها تكذيبه البينة بان يقول شهد شهودي بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن المال لان الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحد يسقط بالشبهة ولا يسقط المال رجلان أقرا بسرقة ثوب يساوي مائة درهم ثم قال أحدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه أو قال هذا الى درئ القطع عنهما لانهما لما اقرا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما أنكر أحدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فيورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال أحدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فكذبه الآخر وقال كذبت لم نسرقه قطع المقر وحده في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما (وجه) قول أبي يوسف أنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة فاذا لم تثبت في حق شريكه بانكاره يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا أقر بالزنا بامرأة فانكرت أنه يحد الرجل على أصله لان انكار المرأة لا يؤثر في اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا من جانبها عدمه من جانبه كما لو زنا بصبية أو مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من أحدهما على وجه الشركة فعدم السرقة من أحدهما يؤثر في حق الآخر (وجه) قول أبي حنيفة أن اقراره بالشركة في السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما الا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه فبقي اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وهي تجحد أنه لا يجب الحد على الرجل على أصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة فاذا أنكرت لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) رد السارق المسروق الى المالك قبل المرافعة عندهما واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه أنه لا يسقط ولا خلاف في أن الرد بعد المرافعة لا يسقط الحد (وجه) رواية أبي يوسف أن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كما لو رده بعد المرافعة ولهما أن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المسروق على المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها وقد وجدت (ومنها) ملك السارق المسروق قبل القضاء نحو ما اذا وهب المسروق منه

المسروق من السارق قبل القضاء وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه منه قبل القضاء واما ان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء فان وهبه قبل القضاء يسقط القطع بلا خلاف وان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء يسقط عندهما وقال أبو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي رحمهما الله احتج أبو يوسف بما روى أن سارق رداء صفوان أخذ فأتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع يده فقال صفوان يارسول الله انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تأتينى به فدل ان الهبة قبل القضاء تسقط وبعده لا تسقط ولان وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خللا فى السرقة الموجودة فبقى القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضى وقد بطل حق الخصومة (وجه) قولهما ان القبض شرط لثبوت الملك فى الهبة والملك فى الهبة يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه أو من وجه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده لان القضاء فى باب الحدود امضاؤها فما لم يمض فكأنه لم يقض ولو كان لم يقض أليس انه لا يقطع فكذا اذا لم يمض ولان الطارئ فى باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان فى الالحاق اسقاط الحد وههنا فيه اسقاط الحد فيلحق به (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لان المروى قوله هو عليه صدقه وقوله هو يحتمل انه أراد به المسروق ويحتمل انه أراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد يدل عليه انه روى فى بعض الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضاء أو بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامرأة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد الى وقت الوطء فلا تثبت الشبهة فى الزنا فيحد (وأما) حكم السقوط بعد الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول المسروق فى ضمان السارق حتى لو هلك فى يده بنفسه أو استهلكه السارق يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله تعالى أعلم والثانى وجوب رد عين المسروق على صاحبه اذا كان قائما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق فى يد السارق لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وروى انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد عين ماله فهو أحق به وروى انه عليه الصلاة والسلام رد رداء صفوان رضى الله عنه عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق رجلا ببيع أو هبة أو صدقة أو تزوج امرأة عليه أو كان السارق امرأته فاختلعت من نفسها به وهو قائم فى يد المالك فلصاحبه أن يأخذه لانه ملكه اذ السرقة لا توجب زوال الملك عن العين المسروقة فكان تمليك السارق باطلا ويرجع المشترى على السارق بالثمن الذى اشتراه به لما مر فان كان قد هلك فى يدى القابض وكان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان لا على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان أحدث السارق فيه حدثا لا يخلو اما أن أحدث حدثا أوجب النقصان واما ان أحدث حدثا أوجب الزيادة فان أحدث حدثا أوجب النقصان يقطع وتسترد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان المسروق هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين لان القطع لا يمنع الرد ألا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان أحدث حدثا أوجب الزيادة فالاصل فى هذا ان السارق اذا أحدث فى المسروق حدثا لو أحدثه الغاصب فى المغصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه والا فلا الا أن فى باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب أو قيمته وههنا لا يضمن السارق لمانع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب المسروق وخاطه قميصا انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لا نقطع حق المغصوب منه. كذا اذا فعله السارق ولا

ضمان على السارق لما بينا ولو صبغه أحمر أو أصفر فكذلك لا سبيل للمالك على العين المسروقة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يأخذ المالك الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه (وجه) قولهما انه لو وجد هذا من الغاصب لخير المالك بين أن يضمن الغاصب قيمة الثوب و بين أن يأخذ الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه الا أن التضمين ههنا متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الآخر وهو أن يأخذ الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه اذ الغصب والسرقة لا يختلفان في هذا الباب الا في الضمان ولابي حنيفة الفرق بين الغصب والسرقة ههنا وهو أن حق المغصوب منه انما لم ينقطع عن الثوب بالصبغ لان أصل الثوب ملكه وهو متقوم وللغاصب فيه حق متقوم أيضاً الا انا أثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب لان المالك صاحب أصل والغاصب صاحب وصف وههنا حق السارق في الصبغ متقوم وحق المالك في أصل الثوب ليس بمتقوم في حق السارق لاجل القطع ألا ترى أنه لو أتلفه السارق لا ضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك في الاصل تبعا لحقه في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجانا ولكن لا يحل له أن ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال أبو حنيفة رحمه الله لان الثوب على ملك المسروق منه الا أنه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقضاء فلم يملكه السارق لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور من غير بدل لتعذر ايجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به و يجوز أن يصير مال انسان في يد غيره على وجه يخرج من أن يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضاء لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فاخذ شيأ من أموالهم لا يحكم عليه بالرد و يلزمه ذلك فيما بينه و بين الله جل جلاله وكذلك الباغي اذا أتلف مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان و يفتى به فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى وكذلك الحربي اذا أتلف شيأ من مال المسلم ثم أسلم لا يحكم عليه بالرد و يفتى بذلك فيما بينه و بين الله جلت عظمته وكذلك السارق اذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفتى به فيما بينه و بين الله تعالى وكذا قاطع الطريق اذا قتل انسانا بعصا ثم جاء تائبا بطل عنه الحد و يؤمر باداء الدية الى ولي القتيل ولو قتل حربي مسلما بعصا ثم أسلم لا يفتى بدفع الدية الى الولي بخلاف الباغي وقاطع الطريق والفرق أن القتل من الحربي لم يقع سببا لوجوب الضمان لان عصمة المقتول لم تظهر في حقه فلا يجب بالاسلام لانه يجب ماقبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف بخلاف قاطع الطريق لان فعله وقع سببا لوجوب الضمان الا أنه لا يحكم بالضمان لمانع وهو ضرورة اقامة الحد الا أن الحد اذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع في الحكم والقضاء لا في الفتوى وكذا فعل الباغي وقع سببا لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لمانع وهو عدم الفائدة لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتا عند الله سبحانه وتعالى فيقضى به وعلى هذا يخرج ما اذا سرق نقرة فضة فضربها دراهم أنه يقطع والدراهم ترد على صاحبها في قول أبي حنيفة وعندهما ينقطع حق المالك عن الدراهم بناء على أن هذا الصنع لا يقطع حق المالك في باب الغصب عنده وعندهما ينقطع ولو سرق حديدا أو صفرا أو نحاسا أو ما أشبه ذلك فضربها أواني ينظر ان كان بعد الصناعة والضرب تباع وزنا فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وان كان تباع عددا فيقطع حق المالك بالاجماع كما في الغصب وعلى هذا اذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وسنذكر جملة ذلك في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿كتاب قطاع الطريق﴾

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة وذلك في أربعة مواضع في بيان ركن قطع الطريق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم قطع الطريق

﴿فصل﴾ أما ركنه فهو الخروج على المارة لاخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور و ينقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا

والحجر والخشب ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبيب من البعض بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما في السرقة ولان هذا من عادة القطاع أعني المباشرة من البعض والاعانة من البعض بالتسمير للدفع فلو لم يلحق التسبب بالمباشرة في سبب وجوب الحد لادى ذلك الى انفتاح باب قطع الطريق وانسداد حكمه وأنه قبيح ولهذا الحق التسبب بالمباشرة في السرقة كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة وبعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقطوع فيه (اما) الذي يرجع الى القاطع خاصة فانواع (منها) أن يكون عاقلا (ومنها) أن يكون بالغا فان كان صبيا أو مجنونا فلا حد عليهما لان الحد عقوبة فيستدعي جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية ولهذا لم يتعلق به القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القطاع صبي أو مجنون فلا حد على أحد في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي هو الذي يلي القطع فكذلك وان كان غيره حد العقلاء البالغين وقد ذكرنا المسئلة في كتاب السرقة (ومنها) الذكورة في ظاهر الرواية حتى لو كانت في القطاع امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام الحد عليها في الرواية المشهورة وذكر الطحاوي رحمه الله وقال النساء والرجال في قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى يقام الحد عليها وعلى الرجال (وجه) ما ذكره الطحاوي أن هذا حد يستوي في وجوبه الذكر والانثى كسائر الحدود ولان الحد ان كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه الذكورة والانوثة كسائر الحدود فلا يشترط في وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القتل فكذلك كحد الزنا وهو الرجم اذا كانت محصنة (وجه) الرواية المشهورة أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من النساء عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من اهل الحراب ولهذا لا يقتلن في دار الحرب بخلاف السرقة لانها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا أسباب سائر الحدود تتحقق من النساء كما تتحقق من الرجال (وأما) الرجال الذين معها فلا يقام عليهم الحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله سواء باشروا معها أو لم يباشروا فرق أبو يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم يباشر من العقلاء البالغين واذا باشرت المرأة تحد الرجال (ووجه) الفرق له أن امتناع الوجوب على المرأة ليس لعدم الاهلية لانها من أهل التكاليف ألا ترى أنه تتعلق سائر الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها أو نقصانها عادة وهذا لم يوجد في الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم أهلية الوجوب لانه ليس من أهل الايجاب عليه ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو أصل امتنع التبع ضرورة (وجه) قولهما أن سبب الوجوب شيء واحد وهو قطع الطريق وقد حصل ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب أصلا كما اذا كان فيهم صبي أو مجنون والله سبحانه وتعالى (وأما) الحرية فليست بشرط لعموم قوله تبارك وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا الآية من غير فصل بين الحر والعبد ولان الركن وهو قطع الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقطوع عليه خاصة فنوعان أحدهما أن يكون مسلما أو ذميا فان كان حربيا مستأمنا لا حد على القاطع لان مال الحربي المستأمن ليس بمعصوم مطلق بل في عصمته شبهة العدم لانه من أهل دار الحرب وانما العصمة بعارض الامان مؤقتة الى غاية العود الى دار الحرب فكان في عصمته شبهة الاباحة فلا يتعلق الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمي لان عقد الذمة أفاد له عصمة ماله على التأبيد فتعلق الحد بأخذه كما يتعلق بسرقته والثاني أن تكون يده صحيحة بأن كانت يد ملك أو يد أمانة أو يد ضمان فان لم تكن صحيحة كيد السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق على ما مر في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون في القطاع ذو رحم محرم من أحد من المقطوع عليهم

فان كان لا يجب الحد لان بينهما تبسطاً فى المال والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فقد أخذ مالا لم يحرزه عنه الحرز المبنى فى الحضر ولا السلطان الجارى فى السفر فاورث ذلك شبهة فى الاجانب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول على ما اذا كان المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفى القطاع من هوذو رحم محرم من أحدهم فأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرز يجب الحد على الباقين وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع له فما ذكر فى كتاب السرقة وهو أن يكون المأخوذ مالا متقوماً معصوماً ليس فيه لاحد حق الاخذ ولا تأويل التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك محرزا مطلقا بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصابا كاملا عشرة دراهم أو مقدراً بها حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لا حد عليهم وقد ذكرنا دلائل هذه الشرائط والمسائل التى تخرج عليها فى كتاب السرقة وشرط الحسن بن زياد فى نصاب قطع الطريق أن يكون عشرين درهما فصاعداً وقال عيسى بن زياد ان قتلوا قتلوا وان كان ما أخذ كل واحد منهم أقل من عشرة (وجه) قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بعشرة والواجب فيها قطع طرف الواحد وههنا يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون (وجه) قول عيسى رحمه الله انا أجمعنا على أنهم لو قتلوا ولم يأخذوا المال أصلا قتلوا فاذا أخذوا شيأ من المال وان قل أولى أن يقتلوا (ولنا) الفرق بين النوعين وهو أنهم لما قتلوا ولم يأخذوا المال أصلا علم أن مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة فى نفسها فيجازى بعقوبة متكاملة وهى القتل ولما أخذوا المال وقتلوا دل أن مقصودهم المال وانما قتلوا ليتمكنوا من أخذ المال وأخذ المال لا يتكامل جناية الا اذا كان المأخوذ نصابا كما فى السرقة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان أحدهما ان يكون قطع الطريق فى دار الاسلام فان كان فى دار الحرب لا يجب الحد لان المتولى لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية فى دار الحرب فلا يقدر على الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينعقد سبباً للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه فى دار الاسلام ولهذا لا يستوفى سائر الحدود فى دار الاسلام اذا وجد أسبابها فى دار الحرب كذا هذا والثانى أن يكون فى غير مصر فان كان فى مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهاراً أو ليلا وسواء كان بسلاح أو غيره وهذا استحسان وهو قولهما والقياس ان يجب وهو قول أبى يوسف (وجه) القياس أن سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو كان فى غير مصر (وجه) الاستحسان أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع والطريق لا ينقطع فى الامصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل انما أجاب أبو حنيفة عليه الرحمة على ما شاهده فى زمانه لان أهل الامصار كانوا يحملون السلاح فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم فى المصر والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجرى عليهم الحد وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجرى عليه الحد لان الغوث كان يلحق هذا الموضع فى زمانه لاتصاله بالمصر والآن صار ملتحقا بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق والثالث أن يكون بينهم و بين المصر مسيرة سفر فان كان أقل من ذلك لم يكونوا قطاع الطريق وهذا على قولهما فاما على قول أبى يوسف فليس بشرط و يكونون قطاع الطريق والوجه ما بينا فيجب الحد وروى عن أبى يوسف فى قطاع الطريق فى المصر ان قاتلوا نهارا بسلاح يقام عليهم الحد وان خرجوا بالخشب لهم لم يقم عليهم لان السلاح لا يلبث فلا يلحق الغوث والخشب يلبث فالغوث يلحق وان قاتلوا ليلا بسلاح أو بخشب يقام عليهم الحد لان الغوث قلما يلحق بالليل فيستوى فيه السلاح وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أشهر على رجل سلاحا نهارا أو ليلا فى غير مصر أو فى مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه وكذلك ان شهر عليه عصا ليلا فى غير مصر أو فى مصر وان كان نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل فى هذا ان من قصد قتل

انسان لا يهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ألا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شئ عليه وكذا اذا اشهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان فى المفازة أو فى المصر وان أشهر عليه نهارا فى المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان فى المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهما انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله لا يجب عليه القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يبح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين فاذا أبيح قتله كان فيه اتلاف أحدهما فكان أهون ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله أن يقتل القاصد فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس فى ترك الاباحة ههنا اتلاف نفس فلا يباح فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الابد فيجب القصاص والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضى فالذى يظهر به البينة أو الاقرار عقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضى على ما ذكرنا فى كتاب السرقة والله تعالى اعلم

(فصل) وأما حكم قطع الطريق فله حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال أما الذى يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد والكلام فى هذا الحكم فى مواضع فى بيان أصل هذا الحكم وفى بيان صفاته وفى بيان محل اقامته وفى بيان من يقيمه وفى بيان ما يسقطه بعد الوجوب وفى بيان حكم السقوط بعد الوجوب اوعدم الثبوت لمانع أما أصل الحكم الذى يتعلق بالنفس فلن يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف انواعه فنقول وبالله التوفيق قطع الطريق أربعة أنواع اما ان يكون بأخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بالتخويف من غير أخذ ولا قتل فمن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال وقتل قال أبو حنيفة رضى الله عنه الامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند أبى حنيفة رحمه الله هو ان يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى يموت وعندهما يقتل ولا يقطع ومن أخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفى وقال مالك رحمه الله فى قاطع الطريق مخير بين الاجزية المذكورة والاصل فيه قوله عز وجل انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض احتج مالك رحمه الله بظاهر الآية وهو ان الله تبارك وتعالى ذكر الاجزية فيها بحرف أو وانها للتخيير كما فى كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافها (ولنا) أنه لا يمكن اجراء الآية على ظاهر التخيير فى مطلق المحارب لان الجزاء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع أيضا قال الله تبارك وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فالتخيير فى الجناية القاصرة بالجزاء فى الجزاء الذى هو جزاء فى الجناية الكاملة وفى الجناية الكاملة بالجزاء الذى هو جزاء فى الجناية القاصرة خلاف المشروع يحققه ان الامة اجتمعت على ان القطاع لو أخذوا المال وقتلوا لا يجازون بالنفى وحده وان كان ظاهر الآية يقتضى التخيير بين الاجزية الاربع دل أنه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على أن التخيير الوارد فى الاحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجرى على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما فى كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد أما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم لكل فى نفسه كما فى قوله تعالى قلنا ياذا القرنين اما أن تعذب واما أن تتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان

الحكم لكل فى نفسه لا ختلاف سبب الوجوب وتأويله اما أن تعذب من ظلم أو تتخذ الحسن فيمن آمن وعمل صالحا ألا ترى الى قوله أمامن ظلم فسوق نعذبه الآية وأمامن آمن وعمل صالحا فله جزاء الحسنى الآية وقطع الطريق متنوع فى نفسه وان كان متحدا من حيث الذات قد يكون بأخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير وقد يكون بالجمع بين الامرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفا فلا يحمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع او يحتمل هذا او يحتمل ماذكرتم فلا يكون حجة مع الاحتمال واذالم يمكن صرفت الآية الشريفة الى ظاهر التخيير فى مطلق المحارب فاما أن يحمل على الترتيب و يضمر فى كل حكم مذكور نوع من أنواع قطع الطريق كانه قال سبحانه وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله و رسوله و يسعون فى الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا ان أخذوا المال وقتلوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ان أخذوا المال لا غير أو ينفوا من الارض ان أخافوا هكذا ذكر سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع أبو بردة رضى الله عنه بأصحابه الطريق على أناس جاؤا يريدون الاسلام أن من قتل قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل وأخذ المال صلب ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا التأويل يذهب عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وابراهيم النخعى واما ان يعمل بظاهر التخيير بين الاجزية الثلاثة لكن فى محارب خاص وهو الذى أخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه أقرب من ظاهر الآية لان الله تبارك وتعالى جمع بين القتل وقطع الطريق فى الذكر بقوله تبارك وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون فى الارض فسادا فالمحاربة هى القتل والفساد فى الارض هو قطع الطريق فأوجب سبحانه وتعالى أحد الاجزية من الفعلين بما ذكر وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو ماذكر سبحانه وتعالى من المحاربة والسعى فى الارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية الى هذا التأويل يذهب الحسن وابن المسيب ومجاهد وغيرهم رضى الله عنهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بالتأويل الاول وهو تأويل الترتيب فى المحارب اذا أخذ المال وقيل انه يقتل لا غير لان سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على مامر وحد قطاع الطريق لم يعرف الا بهذا النص ولان أخذ المال والقتل جناية واحدة وهى جناية قطع الطريق فلا يقابل الا بعقوبة واحدة والقتل والقطع عقوبتان على انهما ان كانتا جنايتين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الانفراد حقا لله تعالى لكنهما اذا اجتمعا يدخل ما دون النفس فى النفس كالسارق اذا زنى وهو محصن وكمن زنا وهو غير محصن ثم احصن فزنى انه يرجم لا غير كذا ههنا ولانه لا فائدة فى اقامة القطع لان ما هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصود به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا يشرع وأبو حنيفه رحمه الله أخذ بالتأويل الثانى وهو التخيير بين الاجزية الثلاثة فى المحارب الذى جمع بين أخذ المال والقتل وهو أحق التأويلين للآية لما ذكرنا ان فيه عملا بحقيقة حرف التخيير وبحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو المحاربة والسعى فى الارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية وانما عرفنا حكم أخذ المال وحده وحكم القتل وحده لا بهذه الآية الشريفة ولكن بحديث سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أو غيره أو بالاستدلال بحالة الاجتماع وهو انه لما وجب الجمع بين الموجبين عند وجود القطعين يجب القبول بافراد كل واحد منهما عند الانفراد ويمكن أن يقال انه يقول فى تأويل الآية الكريمة بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر الآية الشريفة والقطع بالاستدلال بحالة الانفراد انه يجب على كل واحد منهما فعند الاجتماع يجب ان يجمع الا ان فى بعض المواضع قام دليل اسقاط الاخف ولم يقم ههنا بل قام دليل الوجوب لان مبنى هذا الباب على التغليظ ألا ترى انه يجمع بين قطع اليد والرجل فى أخذ المال ولا يجمع بينهما فى أخذ المال فى المصر وكذلك يصلب فى القتل وحده ههنا ولم يجب ان يصلب فى غيره من القتل فى المصر فكذا جاز ان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين ههنا دون سائر المواضع والله سبحانه

وتعالى

و تعالى اعلم وأما كيفية الصلب فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه يصلب حيا ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخى وعن أبى عبيد انه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوى رحمه الله لان الصلب حيا من باب المثلة وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن المثلة والصحيح هو الاول لان الصلب فى هذا الباب شرع لزيادة فى العقوبة تغليظا والميت ليس من أهل العقوبة ولانه لو جاز ان يقال يصلب بعد الموت لجاز أن يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة فى الحديث قطع بعض الجوارح كذا قاله محمد رحمه الله وقيل اذا صلبه الامام تركه ثلاثة أيام عبرة للخلق ثم يخلى بينه و بين أهله لانه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس وأما النفى فى قوله تبارك وتعالى أو ينفوا من الارض فقد اختلف أهل التاويل فيه قال بعضهم المراد منه و ينفوا من الارض بحذف الالف ومعناه و ينفوا من الارض بالقتل والصلب اذا هو النفى من وجه الارض حقيقة وهذا على قول من تأول الآية الشريفة فى المحارب الذى أخذ المال وقيل ان الامام يكون مخيرا بين الاجزية الثلاثة والنفى من الارض ليس غير واحد من هذه الثلاثة فى التخيير لان بالقتل والصلب يحصل النفى فكذلا يجوز أن يجعل النفى مشاركا الاجزية الثلاثة فى التخيير لانه لا يزاحم القتل لانه دونه بكثير وقيل نفيه ان يطرد حتى يخرج من دار الاسلام وهو قول الحسن وعن ابراهيم النخعى رحمه الله فى رواية أن نفيه طلبه و به قال الشافعى رحمه الله أنه يطلب فى كل بلد والقولان لا يصحان لانه ان طلب فى البلد الذى قطع الطريق ونفى عنه فقد ألقى ضرره الى بلد آخر وان طلب من كل بلد من بلاد الاسلام ونفى عنه يدخل دار الحرب وفيه تعريض له على الكفر وجعله حربا لنا وهذا لا يجوز وعن النخعى رحمه الله فى رواية أخرى انه يحبس حتى يحدث توبة وفيه نفى عن وجه الارض مع قيام الحياة الا عن الموضع الذى حبس فيه ومثل هذا فى عرف الناس يسمى نفيا عن وجه الارض وخروجا عن الدنيا كما أنشد لبعض المحبوسين

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

﴿ فصل ﴾ وأما صفات هذا الحكم فانواع منها انه ينفى وجوب ضمان المال والجراحات عمدا كانت الجراحة أو خطأ أما المال فلانه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا وأما الجراحات اذا كانت خطأ فلانها توجب الضمان وان كانت عمدا فلان الجناية فيما دون النفس يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من المسائل بهذا الاصل فى كتاب السرقة ومنها أن يجرى فيها التداخل حتى لو قطع قطعات فرفع فى بعضها فقطعت يده و رجله فيما رفع فيه كان ذلك للقطعات كلها كما فى السرقة الا أن ثمة التداخل لاحتمال عدم الفائدة مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وههنا التداخل لعدم المحل والكلام فى الضمان فيما لم يخاصم فيه ما هو الكلام فى السرقة انه اذا كان المال قائما يرده وان كان هالكا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا فى كتاب السرقة ومنها انه لا يحتمل العفو والاسقاط والابراء والصلح عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل او قطع اوصلب يستوفى منه سواء عفا الاولياء وأرباب الاموال عن ذلك أولم يعفوا وسواء أبرؤا منه او صالحوا عليه وليس للامام أيضا اذا ثبت ذلك عنده تركه واسقاطه والعفو عنه لان الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى فلا يعمل فيها العبد ولا صلحه ولا الابراء عنها

﴿ فصل ﴾ وأما محل اقامة هذا الحكم فنقول محل اقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فان كان الحكم هو القتل بان قتل أو أخذ المال وقتل أو الحبس بان لم يأخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا غير فمحل اقامته النفس وان كان الحكم هو القطع بان أخذ المال لا غير فمحل اقامته اليد اليمين والرجل اليسرى لقوله تبارك وتعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف و يعتبر فى ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ماذكرنا فى كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحداد اذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متعمدا أو مخطئا وحكم فعل الاجنبى اذا قطع اليد اليسرى خطأ أو عمدا ههنا

مثل الحكم فى السرقة وقد استوفينا الكلام فيه فى كتاب السرقة وكذا محل القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما فى السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذى يقيمه الامام أو من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى أرباب الاموال شىء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وأرباب الاموال بالاقامة أو لم يطالبوا وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام فى هذا الفصل على الاستقصاء ذكرناه فى كتاب الحدود

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب أشياء ذكرناها فى كتاب السرقة (منها) تكذيب المقطوع عليه القاطع فى اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق (ومنها) رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق (ومنها) تكذيب المقطوع عليه البينة (ومنها) ملك القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع أو بعده على التفصيل على الاختلاف الذى ذكرناه فى كتاب السرقة (ومنها) توبة القاطع قبل أن يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم أى رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك وعزموا على أن لا يفعلوا مثله فى المستقبل فدلت هذه الآية الشريفة على أن قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط عنه الحد وتوبته برد المال على صاحبه ان كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله فى المستقبل ويسقط عنه القطع أصلا ويسقط عنه القتل حداً وكذلك ان أخذ المال وقتل حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه الى أولياء القتيل ليقتلوه قصاصاً ان كان القتل بسلاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله فى المستقبل وهو ان يأتى الامام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق قبل ان يظفر به ورد المال الى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود انها لا تسقط بالتوبة والفرق ان الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة والتوبة تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق بخلاف سائر الحدود فان الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من اقامة الحدود وفى حد القذف ان كانت شرطا لكنها لا تبطل بالتوبة لان بطلانها برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه كتب اليه عامله بالبصرة ان حارثة ابن زيد حارب الله ورسوله وسعى فى الارض فسادا فكتب اليه سيدنا على رضى الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان تقدر عليه فلا تتعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان أخذ ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة عن السرقة اذا أخذ المال برد المال على صاحبه وبعد الاخذ لا يكون رد المال بل يكون استردادا منه جبرا فلا يسقط الحد واذا لم يأخذ المال فهو بعد الاخذ متهم فى اظهار التوبة فلا تتحقق توبته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لمانع فنقول وبالله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه ان كان قائما وان كان هالكا أو مستهلكا فعليهم الضمان وان كانوا قتلوا لا غير يدفع من قتل منهم بسلاح الى الاولياء ليقتلوه أو يعفوا عنه ومن قتل بعصا أو حجر فعلى عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا أخذوا المال وقتلوا فحكم أخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة صار حكم القتل وأخذ المال وهلاكه واستهلاكه كما هو حكمها فى غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا أخذوا المال وجرحوا أو أخذوا المال وقتلوا وجرحوا أقوما أو جرحوا أقواما ولم يكن منهم أخذ ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرنا والجراحات فيها القصاص فيما يقدر

فيه

فيه على القصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان عند سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ماذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا أخذ مال وقد أخافوا قوما بجراحات يجب القصاص فيما يستطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطاع فيودعون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيزاً لا حداً والتعزير لا تدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا أو أخذوا المال أو جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فيدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح في حق سقوط الحد ولا يصح في حق ضمان المال والقصاص فبقي اقراره معتبراً في حقهما (وأما) اذا كان السقوط بتكذيب الحجة من الاقرار أو البينة لا شيء عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت أصلا ورأسا بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المقر حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع في حق الحد درأ للحد بالشبهة فبقي معتبراً في حق ضمان المال والقصاص فهو الفرق وعلى هذا حكم عدم الوجوب لمانع بان فات شرط من شرائط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان المأخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردونه ان كان قائما او يضمنون ان كان هالكا أو مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصا أو بحجر فعلى عاقلته الدية ومن جرح يقتص منه فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها في غير قطاع الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان في المحار بين صبي أو مجنون حتى امتنع وجوب الحد يدفع كل بالغ عاقل قتل منهم بسلاح الى الاولياء فيقتلون أو يعفون وان كان الذي ولي القتل منهم صبي أو مجنون فعلى عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من أهل وجوب القصاص عليهما فكان عمدهما خطأ وان كانا أخذا المال ضمنا لانهما من أهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد على القطاع لمعنى من المعاني رجعوا في ذلك الى حكم غير القطاع والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحكم الذي يتعلق بالمال فهو وجوب الرد ان كان قائما بعينه ولصاحبه ان يأخذه أينما وجده سواء وجده في يد المحارب أو في يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ولو تغير المال الى الزيادة أو النقصان فقد ذكرنا حكمه في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿ كتاب السير ﴾

وقد يسمى كتاب الجهاد والكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعا وفي بيان كيفية الجهاد وفي بيان من يفترض عليه الجهاد وفي بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد وفي بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حال شهود الوقعة وفي بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل وفي بيان من يجوز تركه ممن لا يحل قتله في دار الحرب ومن لا يجوز وفي بيان ما يكره حمله الى دار الحرب ومالا يكره وفي بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال وفي بيان حكم الغنائم وما يتصل بها وفي بيان حكم استيلاء الكفرة على أموال المسلمين وفي بيان أحكام تختلف باختلاف الدارين وفي بيان أحكام المرتدين وفي بيان أحكام الغزاة (أما) الاول فالسير جمع سيرة والسيرة في اللغة تستعمل في معنيين أحدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة أي طريقة واحدة والثاني الهيأة قال الله سبحانه وتعالى سنعيدها سيرتها الاولى أي هيأتها فاحتمل تسمية هذا الكتاب كتاب السير لما فيه من بيان طرق الغزاة وهيآتهم مما لهم وعليهم وأما الجهاد في اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة أو عن المبالغة في العمل من الجهد بالفتح وفي عرف الشرع يستعمل في بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية فرضية الجهاد فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان النفير عاما (واما) ان لم يكن فان لم يكن النفير عاما فهو فرض كفاية ومعناه ان يفترض على جميع من هو من أهل الجهاد لكن اذا قام به البعض سقط عن الباقين لقوله عز وجل فضل الله المجاهدين باموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله عز وجل المجاهدين والقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين في الاحوال كلها لما وعد القاعدين الحسنى لان القعود يكون حراما وقوله سبحانه وتعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين الآية ولان ما فرض له الجهاد وهو الدعوة الى الاسلام واعلاء الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم يحصل بقيام البعض به وكذا النبي عليه الصلاة والسلام كان يبعث السرايا ولو كان فرض عين في الاحوال كلها لكان لا يتوهم منه القعود عنه في حال ولا اذن غيره بالتخلف عنه بحال واذا كان فرضا على الكفاية فلا ينبغي للامام ان يخلي ثغرا من الثغور من جماعة من الغزاة فيهم غنا وكفاية لقتال العدو فاذا قاموا به يسقط عن الباقين وان ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الاقرب فالاقرب ان ينفروا اليهم وان يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا انه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد لكن الفرض يسقط عنهم بحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط ولا يباح للعبد ان يخرج الا باذن مولاه ولا المرأة الا باذن زوجها لان خدمة المولى والقيام بحقوق الزوجية كل ذلك فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية وكذا الولد لا يخرج الا باذن والديه أو أحدهما اذا كان الآخر ميتا لان بر الوالدين فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية والاصل ان كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحل للولد ان يخرج اليه بغير اذن والديه لانهما يشفقان على ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر لا يشتد فيه الخطر يحل له ان يخرج اليه بغير اذنهما اذا لم يضيعهما لانعدام الضرر ومن مشايخنا من رخص في سفر التعلم بغير اذنهما لانهما لا يتضرران بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا اذا لم يكن النفير عاما فاما اذا عم النفير بان هجم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على كل واحد من آحاد المسلمين ممن هو قادر عليه لقوله سبحانه وتعالى انفروا خفافا وثقالا قيل نزلت في النفير وقوله سبحانه وتعالى ما كان لاهل المدينة ومن حولهم من الاعراب ان يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بأنفسهم عن نفسه ولان الوجوب على الكل قبل عموم النفير ثابت لان السقوط عن الباقين بقيام البعض به فاذا عم النفير لا يتحقق القيام به الا بالكل فبقي فرضا على الكل عينا بمنزلة الصوم والصلاة فيخرج العبد بغير اذن مولاه والمرأة بغير اذن زوجها لان منافع العبد والمرأة في حق العبادات المفروضة عينا مستثناة عن ملك المولى والزوج شرعا كما في الصوم والصلاة وكذا يباح للولد أن يخرج بغير اذن والديه لان حق الوالدين لا يظهر في فروض الاعيان كالصوم والصلاة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه فنقول انه لا يفترض الا على القادر عليه فمن لا قدرة له لا جهاد عليه لان الجهاد بذل الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال أو المبالغة في عمل القتال ومن لا وسع له كيف يبذل الوسع والعمل فلا يفرض على الاعمى والاعرج والزمن والمقعد والشيخ الهرم والمريض والضعيف والذي لا يجد ما ينفق قال الله سبحانه وتعالى ليس على الاعمى حرج الآية وقال سبحانه وتعالى عز من قائل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله فقد عذر الله جل شأنه هؤلاء بالتخلف عن الجهاد ورفع الحرج عنهم ولا جهاد على الصبي والمرأة لان بنيتهما لا تحتمل الحرب عادة وعلى هذا الغزاة اذا جاءهم جمع من المشركين مالا طاقة لهم به وخافوهم ان يقتلوهم فلا بأس لهم ان ينحازوا الى بعض أمصار المسلمين أو الى بعض جيوشهم والحكم في هذا الباب لغالب الرأي وأكبر الظن دون العدد فان غلب على ظن الغزاة انهم يقاومونهم يلزمهم الثبات وان كانوا أقل عددا منهم وان كان غالب ظنهم انهم يغلبون فلا بأس ان ينحازوا الى المسلمين ليستعينوا بهم وان كانوا أكثر عددا من الكفرة وكذا الواحد من الغزاة ليس معه سلاح مع اثنين منهم معهما سلاح أو مع واحد منهم من الكفرة ومعه

سلاح

سلاح لا بأس أن يولى دبره متحيزاً الى فئة والاصل فيه قوله تبارك وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير الله عز شأنه نهى المؤمنين عن تولية الادبار عاما بقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار وأوعد عليهم بقوله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله الآية لان في الكلام تقديما وتأخيراً معناه والله سبحانه وتعالى أعلم يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله ثم استثنى سبحانه وتعالى من يولى دبره لجهة مخصوصة فقال عز من قائل الا متحرفاً لقتال أو متحيزا الى فئة والاستثناء من الحظر اباحة فكان المحظور تولية مخصوصة وهى ان يولى دبره غير متحرف لقتال ولا متحيز الى فئة فبقيت التولية الى جهة التحرف والتحيز مستثناة من الحظر فلا تكون محظورة ونظير هذه الآية قوله سبحانه وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتأخير على ما نذكره في كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وبه تبين أن الآية الشريفة غير منسوخة وكذا قوله سبحانه وتعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وقوله وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا ليس بمنسوخ لان التولية للتحيز الى فئة خص فيها فلم تكن الآيتان منسوختين والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام للذين فروا الى المدينه وهو فيها أنتم الكرارون أنا فئة كل مسلم أخبر عليه الصلاة والسلام ان المتحيز الى فئة كرار وليس بفرار من الزحف فلا يلحقه الوعيد وعلى هذا اذا كانت الغزاة في سفينة فاحترقت السفينة وخافوا الغرق حكموا فيه غالب رأيهم وأكبر ظنهم فان غلب على رأيهم انهم لو طرحوا أنفسهم في البحر لينجوا بالسباحة وجب عليهم الطرق ليسبحوا فيتحيزوا الى فئة وان استوى جانبا الحرق والغرق بان كان اذا قاموا احرقوا واذا طرحوا غرقوا فلهم الخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لهم ان يطرحوا أنفسهم في الماء (وجه) قوله انهم لو ألقوا أنفسهم في الماء لهلكوا ولو أقاموا في السفينة لهلكوا أيضا الا انهم لو طرحوا لهلكوا بفعل أنفسهم ولو صبروا لهلكوا بفعل العدو فكان الصبر أقرب الى الجهاد فكان أولى (وجه) قولهما انه استوى الجانبان في الافضاء الى الهلاك فيثبت لهم الخيار لجواز أن يكون الهلاك بالغرق أرفق قوله لو أقاموا لهلكوا بفعل العدو قلنا ولو طرحوا لهلكوا بفعل العدو أيضا اذ العدو هو الذى ألجأهم اليه فكان الهلاك في الحالين مضافا الى فعل العدو ثم قد يكون الهلاك بالغرق أسهل فيثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم برمح فلا بأس بان يمشى الى من طعنه من الكفرة حتى يجهزه لانه يقصد بالمشي اليه بذل نفسه لاعزاز دين الله سبحانه وتعالى وتحريض المؤمنين على ان لا يبخلوا بانفسهم في قتال أعداء الله سبحانه وتعالى فكان جائزا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد فنقول وبالله التوفيق انه يندب الى أشياء (منها) ان يؤمر عليهم أميرا لان النبي عليه الصلاة والسلام ما بعث جيشا الا وأمر عليهم أميرا ولان الحاجة الى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعذر الرجوع في كل حادثة الى الامام (ومنها) أن يكون الذى يؤمر عليهم عالما بالحلال والحرام عدلا عارفا بوجوه السياسات بصيرا بتدابير الحروب وأسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له الامير (ومنها) ان يوصيه بتقوى الله عز شأنه في خاصة نفسه وبمن معه من المؤمنين خيراً كذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا بعث جيشاً أوصاه بتقوى الله سبحانه وتعالى في نفسه خاصة وبمن معه من المؤمنين خيرا ولان الامارة أمانة عظيمة فلا يقوم بها الا المتقى واذا أمر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما يأمرهم به وينهاهم عنه لقول الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وقال عليه الصلاة والسلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشى أجدع ما حكم فيكم بكتاب الله تعالى ولانه نائب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانها طاعة الامام الا أن يأمرهم

بمعصية فلا تجوز طاعتهم اياه فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ولو أمرهم بشئ لا يدرون أينتفعون به أم لا فينبغي لهم ان يطيعوه فيه اذا لم يعلموا كونه معصية لان اتباع الامام في محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة في مواضع الاجتهاد والله تعالى عز شانه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة ولقاء العدو فنقول وبالله التوفيق ان الامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام باللسان لقول الله تبارك وتعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ولا يجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تبارك وتعالى حرم قتالهم قبل بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وبلوغ الدعوة اياهم فضلا منه ومنة قطعاً لمعذرتهم بالكلية وان كان لا عذر لهم في الحقيقة لما أقام سبحانه وتعالى من الدلائل العقلية التي لو تأملوها حق التأمل ونظروا فيها لعرفوا حق الله تبارك وتعالى عليهم لكن تفضل عليهم بارسال الرسل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين لئلا يبقى لهم شبهة عذر فيقولون ربنا لولا أرسلت الينا رسولا فنتبع آياتك وان لم يكن لهم ان يقولوا ذلك في الحقيقة لما بينا ولان القتال ما فرض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة بالبنان وهي القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية أهون من الاولى لان في القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس في دعوة التبليغ شئ من ذلك فاذا احتمل حصول المقصود باهون الدعوتين لزم الافتتاح بها هذا اذا كانت الدعوة لم تبلغهم فان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير تجديد الدعوة لما بينا ان الحجة لازمة والعذر في الحقيقة منقطع وشبهة العذر انقطعت بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة لرجاء الاجابة في الجملة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل الكفرة حتى يدعوهم الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد الدعوة أفضل ثم اذا دعوهم الى الاسلام فان أسلموا كفوا عنهم القتال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وقوله عليه الصلاة والسلام من قال لا إله الا الله فقد عصم مني دمه وماله فان أبوا الاجابة الى الاسلام دعوهم الى الذمة الا مشركي العرب والمرتدين لما نذكره ان شاء الله تعالى بعد فان أجابوا كفوا عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام فان قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وان أبوا استعانوا بالله سبحانه وتعالى على قتالهم ووثقوا بعهد الله سبحانه وتعالى النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستفرغوا وسعهم وثبتوا وأطاعوا الله سبحانه وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وذكروا الله كثيرا على ما قال تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين ولهم ان يقاتلوهم وان لم يبدؤا بالدعوة لقول الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وسواء كان في الاشهر الحرم أو في غيرها لان حرمة القتال في الاشهر الحرم صارت منسوخة بآية السيف وغيرها من آيات القتال ولا بأس بالاغارة والبيات عليهم ولا بأس بقطع أشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد زروعهم لقوله تبارك وتعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين اذن سبحانه وتعالى بقطع النخيل في صدر الآية الشريفة ونبه في آخرها ان ذلك يكون كبتاً وغيظاً للعدو بقوله تبارك وتعالى وليخزي الفاسقين ولا بأس باحراق حصونهم بالنار واغراقها بالماء وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليها لقوله تبارك وتعالى يخربون بيوتهم بايديهم وأيدي المؤمنين ولان كل ذلك من باب القتال لما فيه من قهر العدو وكبتهم وغيظهم ولان حرمة الاموال لحرمة أربابها ولا حرمة لانفسهم حتى يقتلون فكيف لاموالهم ولا بأس برميهم بالنبال وان علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضرورة اذ حصون الكفرة قلما تخلو من مسلم أسير أو تاجر فاعتباره يؤدي الى انسداد باب

الجهاد ولكن يقصدون بذلك الكفرة دون المسلمين لانه لاضرورة فى القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا تترسوا باطفال المسلمين فلا بأس بالرمى اليهم لضرورة اقامة الفرض لكنهم يقصدون الكفار دون الاطفال فان رموهم فاصاب مسلماً فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد رحمه الله تجب الدية والكفارة وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله (وجه) قول الحسن ان دم المسلم معصوم فكان ينبغى ان يمنع من الرمى الا انه لم يمنع لضرورة اقامة الفرض فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة فى رفع المؤاخذة لا فى نفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة انه رخص له التناول لكن يجب عليه الضمان لما ذكرنا كذلك ههنا (ولنا) انه كما مست الضرورة الى دفع المؤاخذة لاقامة فرض القتال مست الضرورة الى نفى الضمان أيضاً لان وجوب الضمان يمنع من اقامة الفرض لانهم يمتنعون منه خوفا من لزوم الضمان وايجاب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة المخمصة لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من التناول لانه لو لم يتناول لهلك وكذا حصل له مثل ما يجب عليه فلا يمنع من التناول فلا يؤدى الى التناقض ولا ينبغى للمسلمين ان يستعينوا بالكفار على قتال الكفار لانه لا يؤمن غدرهم اذ العداوة الدينية تحملهم عليه الا اذا اضطروا اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فنقول الحال لا يخلو اما ان يكون حال القتال أو حال ما بعد الفراغ من القتال وهى ما بعد الاخذ والاسر اما حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة ولا صبى ولا شيخ فان ولا مقعد ولا يابس الشق ولا أعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى ولا معتوه ولا راهب فى صومعة ولا سائح فى الجبال لا يخالط الناس وقوم فى دار أو كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب اما المرأة والصبى فلقول النبى عليه الصلاة والسلام لا تقتلوا امرأة ولا وليدا وروى انه عليه الصلاة والسلام رأى فى بعض غزواته امرأة مقتولة فانكر ذلك وقال عليه الصلاة والسلام هاه ما أراها قاتلت فلم قتلت ونهى عن قتل النساء والصبيان ولان هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل وكذا لو حرض على القتال أو دل على عورات المسلمين أو كان الكفرة ينتفعون برأيه أو كان مطاعاً وان كان امرأة أو صغيراً لوجود القتال من حيث المعنى وقد روى ان ربيعة بن رفيع السلمى رضى الله عنه أدرك دريد بن الصمة يوم حنين فقتله وهو شيخ كبير كالقفة لا ينتفع الا برأيه فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه والاصل فيه ان كل من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل وكل من لم يكن من أهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتحريض وأشباه ذلك على ما ذكرنا فيقتل القسيس والسياح الذى يخالط الناس والذى يجن ويفيق والاصم والاخرس وأقطع اليد اليسرى وأقطع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من أهل القتال ولو قتل واحد ممن ذكرنا انه لا يحل قتله فلا شئ فيه من دية ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهى ما بعد الاسر والاخذ فكل من لا يحل قتله فى حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله فى حال القتال اذا قاتل حقيقة أو معنى يباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبى والمعتوه الذى لا يعقل فانه يباح قتلهما فى حال القتال اذا قاتلا حقيقة ومعنى ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال اذا أسرا وان قتلا جماعة من المسلمين فى القتال لان القتل بعد الاسر بطريق العقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة فاما القتل فى حالة القتال فلدفع شر القتال وقد وجد الشر منهما فابيح قتلهما لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر فكان القتل بعده بطريق العقوبة وهما ليسا من أهلها والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للمسلم ان يبتدئ أباه الكافر الحربى بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا أمر سبحانه وتعالى بمصاحبة الابوين الكافرين بالمعروف والابتداء بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروى ان حنظلة رضى الله عنه غسيل الملائكة عليهم الصلاة والسلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل أبيه فنهاه عليه الصلاة والسلام ولان الشرع أمر باحيائه بالنفقة عليه فالامر بالقتل فيه افناؤه يكون متناقضا فان قصد الاب قتله يدفعه عن

نفسه وان أتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرورة الى القصد والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يسع تركه فى دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما اذا كان الغزاة قادرين على حمل هؤلاء واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم يقدروا عليه فان قدروا على ذلك فان كان المتروك ممن يولد له ولد لا يجوز تركهم فى دار الحرب لان فى تركهم فى دار الحرب عونا لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولد له ولد كالشيخ الفانى الذى لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا رأى ومشورة فلا يباح تركه فى دار الحرب لما فيه من المضرة بالمسلمين لانهم يستعينون على المسلمين برأيه وان لم يكن له رأى فان شاؤا تركوه فانه لا مضرة عليهم فى تركه وان شاؤا أخرجوه لفائدة المفاداة على قول من يرى مفاداة الاسير بالاسير وعلى قول من لا يرى لا يخرجونهم لما انه لا فائدة فى اخراجهم وكذلك العجوز التى لا يرجى ولدها وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا حضورا ألا يلحقون وان لم يقدر المسلمون على حمل على هؤلاء ونقلهم الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون فى دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة على نقلهم فيتركون ضرورة واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدروا على الاخراج الى دار الاسلام اما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح فما يمكن احراقه بالنار يحرق ومالا يحتمل الاحراق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب لئلا يجدوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب ومالا يكره فنقول ليس للتاجر ان يحمل الى دار الحرب ما يستعين به أهل الحرب على الحرب من الاسلحة والخيل والرقيق من أهل الذمة وكل ما يستعان به فى الحرب لان فيه امدادهم واعانتهم على حرب المسلمين قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلا يمكن من الحمل وكذا الحربى اذا دخل دار الاسلام لا يمكن من ان يشترى السلاح ولو اشترى لا يمكن من ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان داخل دار الاسلام بسلاح فاستبدله فينظر فى ذلك ان كان الذى استبدله خلاف جنس سلاحه بان استبدل القوس بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك أصلا وان كان من جنس سلاحه فان كان مثله أو أردأ منه يمكن منه وان كان أجود منه لا يمكن منه لما قلنا ولا بأس بحمل الثياب والمتاع والطعام ونحو ذلك اليهم لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت العادة من تجار الاعصار انهم يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك أفضل لانهم يستخفون بالمسلمين ويدعونهم الى ماهم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول من باب صيانة النفس عن الهوان والدين عن الزوال فكان أولى واما المسافرة بالقرآن العظيم الى دار الحرب فينظر فى ذلك ان كان العسكر عظيما مأمونا عليه لا بأس بذلك لانهم يحتاجون الى قراءة القرآن واذا كان العسكر عظيما يقع الامن عن الوقوع فى أيدى الكفرة والاستخفاف به وان لم يكن مأمونا عليه كالسرية يكره المسافرة به لما فيه من خوف الوقوع فى أيديهم والاستخفاف به فكان الدخول به فى دار الحرب تعريضا للاستخفاف بالمصحف الكريم وما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى ان يسافر بالقرآن العظيم الى أرض العدو محمول على المسافرة فى هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النساء مع أنفسهم الى دار الحرب على هذا التفصيل ان كان ذلك فى جيش عظيم مأمون عليه غير مكروه لانهم يحتاجون الى الطبخ والغسل ونحو ذلك وان كانت سرية لا يؤمن عليها يكره اخراجهن لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال فنقول ولا قوة الا بالله العلى العظيم الاسباب المعترضة المحرمة للقتال أنواع ثلاثة الايمان والامان والالتجاء الى الحرم اما الايمان فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان ما يحكم به بكون الشخص مؤمنا والثانى فى بيان حكم الايمان اما الاول فنقول الطرق التى يحكم بها بكون الشخص مؤمنا ثلاثة نص ودلالة وتبعية اما النص فهو ان يأتى بالشهادة أو بالشهادتين أو يأتى بهما مع التبرى مما هو عليه صريحا وبيان هذه الجملة ان الكفرة أصناف أربعة صنف منهم ينكرون الصانع أصلا وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم

يقرون بالصانع و ينكرون توحيده وهم الوثنية والمجوس وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده وينكرون الرسالة رأساً وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده والرسالة فى الجملة لكنهم ينكرون رسالة نبينا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وهم اليهود والنصارى فان كان من الصنف الاول والثانى فقال لا اله الا الله يحكم باسلامه لان هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلا فاذا أقر وابها كان ذلك دليل ايمانهم وكذلك اذا قال اشهد ان محمداً رسول الله لانهم يمتنعون من كل واحدة من كلمتى الشهادة فكان الاتيان بواحد منهما أيتهما كانت دلالة الايمان وان كان من الصنف الثالث فقال لا اله الا الله لا يحكم باسلامه لان منكر الرسالة لا يمتنع عن هذه المقالة ولو قال أشهد أن محمداً رسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار بها دليل الايمان وان كان من الصنف الرابع فاتى بالشهادتين فقال لا اله الا الله محمد رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يتبرأ من الدين الذى عليه من اليهودية أو النصرانية لان من هؤلاء من يقر برسالة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه يقول انه بعث الى العرب خاصة دون غيرهم فلا يكون اتيانه بالشهادتين بدون التبرى دليلا على ايمانه وكذا اذا قال يهودى أو نصرانى أنا مؤمن أو مسلم أو قال آمنت أو أسلمت لا يحكم باسلامه لانهم يدعون انهم مؤمنون ومسلمون والايمان والاسلام هو الذى هم عليه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه قال اذا قال اليهودى أو النصرانى أنا مسلم أو قال أسلمت سئل عن ذلك أى شئ أردت به ان قال أردت به ترك اليهودية أو النصرانية والدخول فى دين الاسلام يحكم باسلامه حتى لو رجع عن ذلك كان مرتدا وان قال أردت بقولى أسلمت انى على الحق ولم أرد بذلك الرجوع عن دينى لم يحكم باسلامه ولو قال يهودى أو نصرانى أشهد أن لا اله الا الله وأتبرأ عن اليهودية أو النصرانية لا يحكم باسلامه لانهم لا يمتنعون عن كلمة التوحيد والتبرى عن اليهودية والنصرانية لا يكون دليل الدخول فى دين الاسلام لاحتمال أنه تبرأ عن ذلك ودخل فى دين آخر سوى دين الاسلام فلا يصلح التبرى دليل الايمان مع الاحتمال ولو أقر مع ذلك فقال دخلت فى دين الاسلام أو فى دين محمد صلى الله عليه وسلم حكم بالاسلام لزوال الاحتمال بهذه القرينة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يحكم به بكونه مؤمناً من طريق الدلالة فنحو ان يصلى كتابى أو واحد من أهل الشرك فى جماعة ويحكم باسلامه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يحكم باسلامه ولو صلى وحده لا يحكم باسلامه (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن الصلاة لو صلحت دلالة الايمان لما افترق الحال فيها بين حال الانفراد و بين حال الاجتماع ولو صلى وحده لم يحكم باسلامه فعلى ذلك اذا صلى بجماعة (ولنا) أن الصلاة بالجماعة على هذه الهيئة التى نصليها اليوم لم تكن فى شرائع من قبلنا فكانت مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فكانت دلالة على الدخول فى دين الاسلام بخلاف ما اذا صلى وحده لان الصلاة وحده غير مختصة بشريعتنا وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا صلى وحده مستقبل القبلة يحكم باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام من شهد جنازتنا وصلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وعلى هذا الخلاف اذا أذن فى مسجد جماعة يحكم باسلامه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى لنا أن الاذان من شعائر الاسلام فكان الاتيان به دليل قبول الاسلام ولو قرأ القرآن أو تلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال أنه فعل ذلك ليعلم ما فيه من غير أن يعتقده حقيقة اذ لا كل من يعلم شيأ يؤمن به كالمعاندين من الكفرة ولو حج هل يحكم باسلامه قالوا ينظر فى ذلك أن تهيأ للاحرام ولبى وشهد المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه لان عبادة الحج على هذه الهيئة المخصوصة لم تكن فى الشرائع المتقدمة فكانت مختصة بشريعتنا فكانت دلالة الايمان كالصلاة بالجماعة وان لبى ولم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب لا يحكم باسلامه لانه لا يصير عبادة فى شريعتنا الا بالاداء على هذه الهيئة والاداء على هذه الهيئة لا يكون دليل الاسلام ولو شهد شاهدان انهما رأياه يصلى سنة وما قالا رأيناه يصلى فى جماعة وهو يقول صليت صلواتى لا يحكم باسلامه لانهم يصلون أيضا فلا تكون الصلاة المطلقة دلالة الاسلام ولو شهد أحدهما وقال رأيته يصلى فى المسجد الاعظم وشهد

الآخر وقال رأيته يصلي في مسجد كذا وهو منكر لا تقبل ولكن يجبر على الاسلام لان الشاهدين اتفقا على وجود الصلاة منه بجماعة في المسجد لكنهما اختلفا في المسجد وذا يوجب اختلاف المكان لا نفس الفعل وهو الصلاة فقد اجتمع شاهدان على فعل واحد حقيقة لكن تعتبر شهادتهما في الجبر على الاسلام لا في القتل لان فعل الصلاة وان كان متحدا حقيقة فهو مختلف صورة لاختلاف محل الفعل فاورث شبهة في القتل والله سبحانه وتعالى اعلم وأما الحكم بالاسلام من طريق التبعية فان الصبي يحكم باسلامه تبعا لابويه عقل أولم يعقل مالم يسلم بنفسه اذا عقل و يحكم باسلامه تبعا للدار أيضا والجملة فيه ان الصبي يتبع أبويه في الاسلام والكفر ولا عبرة بالدار مع وجود الابوين أو أحدهما لانه لا بد له من دين تجرى عليه أحكامه والصبي لا يهتم لذلك اما لعدم عقله واما لقصورة فلابد وان يجعل تبعا لغيره وجعله تبعا للابوين أولى لانه تولد منهما وانما الدار منشأ وعند انعدامهما في الدار التي فيها الصبي تنتقل التبعية الى الدار لان الدار تستتبع الصبي في الاسلام في الجملة كاللقيط فاذا أسلم أحد الابوين فالولد يتبع المسلم لانهما استويا في جهة التبعية وهي التولد والتفرع فيرجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلى عليه ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان الكتابي الى أحكام الاسلام أقرب فكان الاسلام منه أرجى و بيان هذه الجملة اذا سبي الصبي وأخرج الى دار الاسلام فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان سبي مع أبويه واما ان سبي مع أحدهما واما ان سبي وحده فان سبي مع أبويه فما دام في دار الحرب فهو على دين أبويه حتى لو مات لا يصلى عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبي مع أحدهما وكذلك اذا اخرج الى دار الاسلام ومعه أبواه أو أحدهما لما بينا فان مات الابوان بعد ذلك فهو على دينهما حتى يسلم بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع وان أخرج الى دار الاسلام وليس معه أحدهما فهو مسلم لان التبعية انتقلت الى الدار على ما بينا ولو أسلم أحد الابوين في دار الحرب فهو مسلم تبعا له لان الولد يتبع خير الابوين دينا لما بينا وكذا اذا أسلم أحد الابوين في دار الاسلام ثم سبي الصبي بعده وأدخل في دار الاسلام فهو مسلم تبعا له لانه جمعهما دار واحدة لان تبعية الدار لا تعتبر مع أحد الابوين لما ذكرنا فاما قبل الادخال في دار الاسلام فلا يكون مسلما لانهما في دارين مختلفين واختلاف الدار يمنع التبعية في الاحكام الشرعية والله سبحانه وتعالى اعلم ثم انما تعتبر تبعية الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الاسلام فاما اذا أسلم وهو يعقل الاسلام فلا تعتبر التبعية و يصح اسلامه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يصح واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام أن الصبي مرفوع القلم والفقه مستنبط منه وهو أن الصبي لو صح اسلامه اما أن يصح فرضا واما ان يصح نفلا ومعلوم أن التنفل بالاسلام محال والفرضية بخطاب الشرع والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام من الاحكام الضارة فانه سبب لحرمان الميراث والنفقة ووقوع الفرق بين الزوجين والصبي ليس من أهل التصرفات الضارة ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصح اسلامه (ولنا) انه آمن بالله سبحانه وتعالى عن غيب فيصح ايمانه كالبالغ وهذا لان الايمان عبارة عن التصديق لغة وشرعا وهو تصديق الله سبحانه وتعالى في جميع ما أنزل على رسله أو تصديق رسله في جميع ما جاؤا به عن الله تبارك وتعالى وقد وجد ذلك منه لوجود دليله وهو اقرار العاقل وخصوصا عن طوع فترتب عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تبارك وتعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وقال عليه الصلاة والسلام لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن وقوله انه مرفوع القلم قلنا نعم في الفروع الشرعية فاما في الاصول العقلية فممنوع ووجوب الايمان من الاحكام العقلية فيجب على كل عاقل والحديث يحمل على الاحكام الشرعية توفيقا بين الدلائل و به نقول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما أحكام الايمان فنقول والله سبحانه وتعالى الموفق للايمان حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فكينونة المؤمن من أهل الجنة اذا ختم عليه قال الله تعالى من جاء بالحسنة فله

خيرمنها وأما الذى يرجع الى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها الا أن عصمة النفس تثبت مقصودة وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس اذ النفس أصل فى التخلق والمال خلق بذلة للنفس استبقاء لها فمتى ثبتت عصمة النفس ثبتت عصمة المال تبعا الا اذا وجد القاطع للتبعية على ما نذكر فعلى هذا اذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبيل لاحد على أموالهم على ماقلنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أسلم على مال فهوله ولو أسلم حربى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمداً أوخطأ فلاشئ عليه الا الكفارة وعند أبى يوسف عليه الدية فى الخطأ وعند الشافعى رحمه الله عليه الدية مع الكفارة فى الخطأ والقصاص فى العمد واحتجا بالعمومات الواردة فى باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل فى دار الاسلام أوفى دار الحرب (ولنا) قوله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة أوجب سبحانه وتعالى الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا لانه جعله جزاء والجزاء ينبئ عن الكفاية فاقتضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعا ولان القصاص لم يشرع الا لحكمة الحياة قال الله تعالى ولكم فى القصاص حياة والحاجة الى الاحياء عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه ولا يكون ذلك الا عند المخالطة ولم توجد ههنا وعلى هذا اذا أسلم ولم يهاجر الينا حتى ظهر المسلمون على الدار فما كان فى يده من المنقول فهوله ولا يكون فيأ الا عبدا يقاتل فانه يكون فيأ لان نفسه استفادت العصمة بالاسلام وماله الذى فى يده تابع له من كل وجه فكان معصوما تبعا لعصمة النفس الا عبداً يقاتل لانه اذا قاتل فقد خرج من يد المولى فلم يبق تبعاً له فانقطعت العصمة لانقطاع التبعية فيكون محلا للتملك بالاستيلاء وكذلك ما كان فى يد مسلم أوذمى وديعة له فهوله ولا يكون فيأ لان يد المودع يده من وجه من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما فى يده معصوماً فلا يكون محلا للتملك وأما ما كان فى يد حربى وديعة فيكون فيأ عند أبى حنيفة وعندهما يكون له لان يد المودع يده فكان معصوما والصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله لانه من حيث انه يحفظ له تكون يده فيكون تبعاً له فيكون معصوماً ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوماً لان نفس الحربى غير معصومة فوقع الشك فى العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك وكذا عقاره يكون فيأ عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما لانه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون فى يده فيكون تبعاً له من حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس فى يده فلا يكون تبعا له فلا تثبت العصمة مع الشك وأما أولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعا له وأولاده الكبار وامرأته يكونون فيأ لانهم فى حكم أنفسهم لانعدام التبعية وأما الولد الذى فى البطن فهو مسلم تبعا لابيه ورقيق تبعا لامه وفيه اشكال وهو ان هذا انشاء الرق على المسلم وانه ممنوع والجواب ان الممتنع انشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والاسلام شرعا هذا اذا أسلم ولم يهاجر الينا فظهر المسلمون على الدار فلو أسلم وهاجر الينا ثم ظهر المسلمون على الدار اما أمواله فما كان فى يد مسلم أوذمى وديعة فهوله ولا يكون فيأ لما ذكرنا وما سوى ذلك فهو فى لما ذكرنا أيضا وقيل ما كان فى يد حربى وديعة فهو على الخلاف الذى ذكرنا وأما أولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعا لابيهم ولا يسترقون لان الاسلام يمنع انشاء الرق الا رقا ثبت حكما بان كان الولد فى بطن الام وأولاده الكبار فئ لانهم فى حكم أنفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام أبيهم وكذلك زوجته والولد الذى فى البطن يكون مسلما تبعا لابيه ورقيقا تبعا لامه ولو دخل الحربى دار الاسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار والكبار وامرأته وما فى بطنها فئ أما فى ما لم يسلم فى دار الحرب حتى خرج الينا لم تثبت العصمة لماله لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة لكن بعد تباين الدارين وانه يمنع ثبوت التبعية ولو دخل مسلم أوذمى دار الحرب فاصاب هناك مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه وحكم الذى

أسلم من أهل الحرب ولم يهاجر الينا سواء والله عزوجل أعلم وأما الامان فنقول الامان فى الاصل نوعان أمان مؤقت وأمان مؤبد أما المؤقت فنوعان أيضا أحدهما الامان المعروف وهو أن يحاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فيستأمنهم الكفار فيؤمنوهم والكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن الامان وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الامان وفى بيان صفته وفى بيان ما يبطل به الامان فاما ركنه فهو اللفظ الدال على الامان نحو قول المقاتل أمنتكم أو أنتم آمنون أو أعطيتكم الامان وما يجرى هذا المجرى وأما شرائط الركن فأنواع منها ان يكون فى حال يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة لان القتال فرض والامان يتضمن تحريم القتال فيتناقض الا اذا كان فى حال ضعف المسلمين وقوة الكفرة لانه اذ ذاك يكون قتالا معنى لوقوعه وسيلة الى الاستعداد للقتال فلا يؤدى الى التناقض ومنها العقل فلا يجوز أمان المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرف ومنها البلوغ وسلامة العقل عن الآفة عند عامة العلماء وعند محمد رحمه الله ليس بشرط حتى ان الصبى المراهق الذى يعقل الاسلام والبالغ المختلط العقل اذا أمن لا يصح عند العامة وعند محمد يصح (وجه) قوله أن أهلية الامان مبنية على أهلية الايمان والصبى الذى يعقل الاسلام من أهل الايمان فيكون من أهل الامان كالبالغ (ولنا) أن الصبى ليس من أهل حكم الامان فلا يكون من أهل الامان وهذا لان حكم الامان حرمة القتال وخطاب التحريم لا يتناوله ولان من شرط صحة الامان أن يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة وهذه حالة خفية لا يوقف عليها الا بالتأمل والنظر ولا يوجد ذلك من الصبى لاشتغاله باللهو واللعب ومنها الاسلام فلا يصح أمان الكافر وان كان يقاتل مع المسلمين لانه متهم فى حق المسلمين فلا تؤمن خيانته ولانه اذا كان متهما فلا يدرى انه بنى امانه على مراعاة مصلحة المسلمين من التفرق عن حال القوة والضعف أم لا فيقع الشك فى وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك وأما الحرية فليست بشرط لصحة الامان فيصح أمان العبد المأذون فى القتال بالاجماع وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله لا يصح وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعى رحمه الله (وجه) قوله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المسلمون تتكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم أدناهم والذمة العهد والامان نوع عهد والعبد المسلم أدنى المسلمين فيتناوله الحديث ولان حجر المولى يعمل فى التصرفات الضارة دون النافعة بل هو فى التصرفات النافعة غير محجور كقبول الهبة والصدقة ولا مضرة للمولى فى أمان العبد بتعطيل منافعه عليه لانه يتأدى فى زمان قليل بل له ولسائر المسلمين فيه منفعة فلا يظهر انحجاره عنه فاشبه المأذون بالقتال (وجه) قولهما ان الاصل فى الامان أن لا يجوز لان القتال فرض والامان يحرم القتال الا اذ وقع فى حال يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة لوقوعه وسيلة الى الاستعداد للقتال فى هذه الحالة فيكون قتالا معنى اذ الوسيلة الى الشئ حكمها حكم ذلك الشئ وهذه حالة لا تعرف الا بالتأمل والنظر فى حال المسلمين فى قوتهم وضعفهم والعبد المحجور لاشتغاله بخدمة المولى لا يقف عليهما فكان أمانه تركا للقتال المفروض صورة ومعنى فلا يجوز فبهذا فارق المأذون لان المأذون بالقتال يقف على هذه الحالة فيقع أمانه وسيلة الى القتال فكان اقامة للفرض معنى فهو الفرق (وأما) الحديث فلا يتناول المحجور لان الادنى اما ان يكون من الدناءة وهى الخساسة واما ان يكون من الدنو وهو القرب والاول ليس بمراد لان الحديث يتناول المسلمين بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ولا خساسة مع الاسلام والثانى لا يتناول المحجور لانه لا يكون فى صف القتال فلا يكون أقرب الى الكفرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذكورة ليست بشرط فيصح أمان المرأة لانها بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف على حال القوة والضعف وقد روى ان سيدتنا زينب بنت النبى المكرم عليه الصلاة والسلام أمنت زوجها أبا العاص رضى الله عنه وأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم امانها وكذلك السلامة عن العمى والزمانة والمرض ليست بشرط فيصح أمان الاعمى والزمن والمريض لان الاصل فى صحة الامان صدوره عن رأى ونظر فى الاحوال الخفية من الضعف والقوة وهذه

العوارض لا تقدح فيه ولا يجوز أمان التاجر في دار الحرب والاسير فيها والحربي الذي أسلم هناك لان هؤلاء لا يقفون على حال الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون للامان مصلحة ولانهم متهمون في حق الغزاة لكونهم مقهورين في أيدي الكفرة وكذلك الجماعة ليست بشرط فيصح أمان الواحد لقوله عليه الصلاة والسلام و يسعى بذمتهم أدناهم ولان الوقوف على حالة القوة والضعف لا يقف على رأي الجماعة فيصح من الواحد وسواء أمن جماعة كثيرة أو قليلة أو أهل مصر أو قرية فذلك جائز وأما حكم الامان فهو ثبوت الامن للكفرة لان لفظ الامان يدل عليه وهو قوله أمنت فثبت الامن لهم عن القتل والسبي والاستغنام فيحرم على المسلمين قتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم واستغنام أموالهم وأما صفته فهو أنه عقد غير لازم حتى لو رأى الامام المصلحة في النقض ينقض لان جوازه مع أنه يتضمن ترك القتال المفروض كان للمصلحة فاذا صارت المصلحة في النقض نقض وأما بيان ما ينتقض به الامان فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الامان مطلقا واما ان كان مؤقتا الى وقت معلوم فان كان مطلقا فانتقاضه يكون بطريقين أحدهما نقض الامام فاذا نقض الامام انتقض لكن ينبغي أن يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم لئلا يكون منهم غدر في العهد والثاني أن يجيء أهل الحصن بالامان الى الامام فينتقض واذا جاؤا الامام بالامان ينبغي أن يدعوهم الى الاسلام فان أبوا فالى الذمة فان أبوا ردهم الى مأمنهم ثم قاتلهم احترازا عن الغدر فان أبوا الاسلام والجزية وأبوا أن يلحقوا بمأمنهم فان الامام يؤجلهم على ما يرى فان رجعوا الى مأمنهم في الاجل المضروب والا صاروا ذمة لا يمكنون بعد ذلك أن يرجعوا الى مأمنهم لان مقامهم بعد الاجل المضروب التزام الذمة دلالة وان كان الامان مؤقتا الى وقت معلوم ينتهي بمضي الوقت من غير الحاجة الى النقض ولهم أن يقاتلوهم الا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا حاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فجاؤا فاستأمنوهم فاما اذا استنزلوهم عن الحكم فهذا على وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى واما ان استنزلوهم على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى جاز انزالهم عليه عند أبي يوسف والخيار الى الامام ان شاء قتل مقاتلتهم وسبي نساءهم وذراريهم وان شاء سبي الكل وان شاء جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز الانزال على حكم الله تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون الى الاسلام فان أبوا جعلوا ذمة واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في وصايا الامراء عند بعث الجيش واذا حاصرتم مدينة أو حصنا فان أرادوا أن تنزلوهم على حكم الله عز وجل فانكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله تعالى ونبه عليه الصلاة والسلام على المعنى وهو أن حكم الله سبحانه وتعالى غير معلوم فكان الانزال على حكم الله تعالى من الامام قضاء بالمجهول وأنه لا يصح واذا لم يصح الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فيدعون الى الاسلام فان أجابوا فهم أحرار مسلمون لا سبيل على أنفسهم وأموالهم وان أبوا لا يقتلهم الامام ولا يسترقهم ولكن يجعلهم ذمة فان طلبوا من الامام أن يبلغهم مأمنهم لم يجبهم اليه لانه لو ردهم الى مأمنهم لصاروا حربا لنا (وجه) قول أبي يوسف أن الاستنزال على حكم الله عز وجل هو الاستنزال على الحكم المشروع للمسلمين في حق الكفرة والقتل والسبي وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع في حقهم فجاز الانزال عليه قوله ان ذلك مجهول لا يدري المنزل عليه أي حكم هو قلنا نعم لكن يمكن الوصول اليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا لا يكفي لجواز الانزال عليه كما قلنا في الكفارات ان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وذلك غير معلوم ثم لم يمنع ذلك قوع تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به وهو اختيار الكفر المكلف كذا هذا يدل عليه أنه يجوز الانزال على حكم العباد بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله تعالى حقيقة اذ العبد لا يملك انشاء الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك في حكمه أحدا وقال تبارك وتعالى ان الحكم الا لله ولكنه يظهر حكم الله عز وجل المشروع في الحادثة ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه لقد حكمت

بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة (وأما) الحديث فيحتمل أنه مصروف الى زمان جواز ورود النسخ وهو حال حياة النبي عليه الصلاة والسلام لا نعدام استقرار الاحكام الشرعية في حياته عليه الصلاة والسلام لئلا يكون الانزال على الحكم المنسوخ عسى لاحتمال النسخ فيما بين ذلك وقد انعدم هذا المعنى بعد وفاته عليه الصلاة والسلام لخروج الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا جاز الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى عند أبي يوسف فالخيار فيه الى الامام فأيما كان أفضل للمسلمين من القتل والسبي والذمة فعل لان كل ذلك حكم الله سبحانه وتعالى المشروع للمسلمين في حق الكفرة فان أسلموا قبل الاختيار فهم أحرار مسلمون لا سبيل لاحد عليهم وعلى أموالهم والارض لهم وهي عشرية وكذلك اذا جعلهم ذمة فهم أحرار ويضع على أراضيهم الخراج فان أسلموا قبل توظيف الخراج صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فاما اذا كان على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم رجل معين بان قالوا على حكم فلان لرجل سموه (واما) ان استنزلوهم على حكم رجل غير معين فان كان الاستنزال على حكم رجل معين فنزلوا على حكمه فحكم عليهم بشئ مما ذكرنا وهو رجل عاقل مسلم عدل غير محدود في قذف جاز بالاجماع لما روى أن بني قريظة لما حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسا وعشرين ليلة استنزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم سعد أن تقتل رجالهم وتقسم أموالهم وتسبى نساؤهم وذراريهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث أخبر عليه الصلاة والسلام أن ما حكم به حكم الله سبحانه وتعالى لان حكم الله سبحانه وتعالى لا يكون الا صوابا وليس للحاكم أن يحكم بردهم الى دار الحرب فان حكم فهو باطل لانه حكم غير مشروع لما بينا الا انهم بالرد يصيرون حربيين لنا وان كان الحاكم عبدا أو صبيا لم يجز حكمه بالاجماع وان كان فاسقا أو محدودا في القذف لم يجز حكمه عند أبي يوسف وعند محمد يجوز (وجه) قول محمد رحمه الله أن الفاسق يصلح قاضيا فيصلح حكما بالطريق الاولى (وجه) قول أبي يوسف أن المحدود في القذف لا يصلح حكما لانه ليس من أهل الولاية ولهذا لم يصلح قاضيا وكذا الفاسق لا يصلح حكما وان صلح قاضيا لكنه لا يلزم قضاؤه ولهذا لو رفعت قضيته الى قاض آخر ان شاء أمضاه وان شاء رده وان كان ذميا جاز حكمه في الكفرة لانه من أهل الشهادة على جنسه وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختاروا رجلا فان كان موضعا للحكم جاز حكمه وان كان غير موضع للحكم لا يقبل منهم حتى يختاروا رجلا موضعا للحكم فان لم يختاروا أبلغهم الامام مأمنهم لان النزول كان على شرط وهو حكم رجل يختارونه فاذا لم يختاروا فقد بقوا في يد الامام بالامان فيردهم الى مأمنهم الا أنه لا يردهم الى حصن هو أحصن من الاول ولا الى حد يمتنعون به لان الرد الى المأمن للتحرج عن توهم العذر وانه يحصل بالرد الى ما كانوا عليه فلا ضرورة في الرد الى غيره وان نزلوا على حكم رجل غير معين فللامام أن يعين رجلا صالحا للحكم فيهم أو يحكم للمسلمين بنفسه بما هو أفضل لهم والله سبحانه وتعالى أعلم والثاني الموادعة وهي المعاهدة والصلح على ترك القتال يقال توادع الفريقان أي تعاهدا على أن لا يغزو كل واحد منهما صاحبه والكلام في الموادعة في مواضع في بيان ركنها وشرطها وحكمها وصفتها وما ينتقض به أما ركنها فهو لفظة الموادعة أو المسالمة أو المصالحة أو المعاهدة أو ما يؤدى معنى هذه العبارات وشرطها الضرورة وهي ضرورة استعداد القتال بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة المجاوزة الى قوم آخرين فلا تجوز عند عدم الضرورة لان الموادعة ترك القتال المفروض فلا يجوز الا في حال يقع وسيلة الى القتال لانها حينئذ تكون قتالا معنى قال الله تبارك وتعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون والله معكم وعند تحقق الضرورة لا بأس به لقول الله تبارك وتعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وادع أهل مكة عام الحديبية على أن توضع الحرب عشر سنين ولا يشترط اذن الامام بالموادعة حتى لو وادعهم الامام أو فريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان المعول عليه كون عقد الموادعة مصلحة

للمسلمين وقد وجد ولا بأس بأن يأخذ المسلمون على ذلك جعلا لان ذلك فى معنى الجزية و يوضع موضع الخراج فى بيت المال ولا بأس أن يطلب المسلمون الصلح من الكفرة و يعطوا على ذلك مالا اذا اضطروا اليه لقوله سبحانه وتعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها أباح سبحانه وتعالى لنا الصلح مطلقا فيجوز ببدل أو غير بدل ولان الصلح على مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال فى الثانى من باب المجاهدة بالمال والنفس فيكون جائزا وتجوز موادعة المرتدين اذا غلبوا على دار من دور الاسلام وخيف منهم ولم تؤمن غائلتهم لما فيه من مصلحة دفع الشر للحال ورجاء رجوعهم الى الاسلام وتوبتهم ولا يؤخذ منهم على ذلك مال لان ذلك فى معنى الجزية ولا يجوز أخذ الجزية من المرتدين فان أخذ منهم شيأ لا يرد لانه مال غير معصوم ألا ترى ان أموالهم محل للاستيلاء كأموال أهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم لانه لما جازت موادعة الكفرة فلأن تجوز موادعة المسلمين أولى ولكن لا يؤخذ منهم على ذلك مال لان المال المأخوذ على ترك القتال يكون فى معنى الجزية ولا تؤخذ الجزية الا من كافر (وأما) حكم الموادعة فما هو حكم الامان المعروف وهو أن يأمن الموادعون على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذراريهم لانها عقد أمان أيضا ولو خرج قوم من الموادعين الى بلدة أخرى ليست بينهم و بين المسلمين موادعة فغزا المسلمون تلك البلدة فهؤلاء آمنون لا سبيل لاحد عليهم لان عقد الموادعة أفاد الامان لهم فلا ينتقض بالخروج الى موضع آخر كما فى الامان المؤبد وهو عقد الذمة انه لا يبطل بدخول الذمى دار الحرب كذا هذا وكذلك لو دخل فى دار الموادعة رجل من غير دارهم بامان ثم خرج الى دار الاسلام بغير أمان فهو آمن لانه لما دخل دار الموادعين بأمانهم صار كواحد من جملتهم فلو عاد الى داره ثم دخل دار الاسلام بغير أمان كان فيأ لنا أن نقتله ونأسره لانه لما رجع الى داره فقد خرج من أن يكون من أهل دار الموادعة فبطل حكم الموادعة فى حقه فاذا دخل دار الاسلام فهذا حربى دخل دار الاسلام ابتداء بغير أمان ولو أسر واحد من الموادعين أهل دار أخرى فغزى المسلمون على تلك الدار كان فيأ وقد ذكرنا انه لو دخل اليهم تاجرا فهو آمن (ووجه) الفرق انه لما أسر فقد انقطع حكم دار الموادعة فى حقه واذا دخل تاجرا لم ينقطع والله تعالى أعلم (وأما) صفة عقد الموادعة فهو انه عقد غير لازم محتمل للنقض فللامام أن ينبذ اليهم لقوله سبحانه وتعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء فاذا وصل النبذ الى ملكهم فلا باس للمسلمين أن يغزوا عليهم لان الملك يبلغ قومه ظاهرا الا اذا استيقن المسلمون ان خبر النبذ لم يبلغ قومه ولم يعلموا به فلا أحب أن يغزوا عليهم لان الخبر اذا لم يبلغهم فهم على حكم الامان الاول فكان قتالهم مناغدرا وتغريرا وكذلك اذا كان النبذ من جهتهم بان أرسلوا الينا رسولا بالنبذ وأخبروا الامام بذلك فلا باس للمسلمين أن يغزوا عليهم لما قلنا الا اذا استيقن المسلمون أن أهل ناحية منهم لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام على جعل أخذه منهم ثم بدا لله أن ينقض فلا باس به لما بينا أنه عقد غير لازم فكان محتملا للنقض ولكن يبعث اليهم بحصة ما بقى من المدة من الجعل الذى أخذه لانهم انما أعطوه ذلك بمقابلة الامان فى كل المدة فاذا فات بعضها لزم الرد بقدر الفائت هذا اذا وقع الصلح على أن يكونوا مستبقين على أحكام الكفر (فاما) اذا وقع الصلح على انه يجرى عليهم أحكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل النقض لان الصلح الواقع على هذا الوجه عقد ذمة فلا يجوز الامام أن ينبذ اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما ينقض به عقد الموادعة فالجملة فيه أن عقد الموادعة (اما) ان كان مطلقا عن الوقت (واما) ان كان موقتا بوقت معلوم فان كان مطلقا عن الوقت فالذى ينتقض به نوعان نص ودلالة فالنص هو النبذ من الجانبين صريحا (وأما) الدلالة فهى أن يوجد منهم ما يدل على النبذ نحو أن يخرج قوم من دار الموادعة باذن الامام و يقطعوا الطريق فى دار الاسلام لان اذن الامام بذلك دلالة النبذ ولو خرج قوم من غير اذن الامام فقطعوا الطريق فى دار الاسلام فان كانوا جماعة لا منعة لهم لا يكون ذلك نقضا للعهد لان قطع الطريق بلا منعة لا يصلح دلالة للنقض ألا ترى انه لو نص واحد منهم على النقض لا ينتقض كما فى الامان المؤبد وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن الامام ولا اذن أهل مملكته

فالملك وأهل مملكته على موادعتهم لانعدام دلالة النقض فى حقهم ولكن ينتقض العهد فيما بين القطاع حتى يباح قتلهم واسترقاقهم لوجود دليل النقض منهم وان كان موقتا بوقت معلوم ينتهى العهد بانتهاء الوقت من غير الحاجة الى النبذ حتى كان للمسلمين أن يغزوا عليهم لان العقد المؤقت الى غاية ينتهى بانتهاء الغاية من غير الحاجة الى الناقض ولو كان واحد منهم دخل الاسلام بالموادعة المؤقتة فمضى الوقت وهو فى دار الاسلام فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه لان التعرض له يوهم الغدر والتعز يرفيجب التحرز عنه ما أمكن والله تعالى أعلم (وأما) الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة والكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن العقد وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان صفة العقد وفى بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له ومالا يتعرض له (أما) ركن العقد فهو نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو لفظ يدل عليه وهو لفظ العهد والعقد على وجه مخصوص (وأما) الدلالة فهى فعل يدل على قبول الجزية نحو أن يدخل حربى فى دار الاسلام بامان فان أقام بها سنة بعدما تقدم اليه فى أن يخرج أو يكون ذميا والاصل أن الحربى اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغى للامام أن يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضى رأيه ويقول له ان جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة فاذا جاوزها صار ذميا لانه لما قال له ذلك فلم يخرج حتى مضت المدة فقد رضى بصيرورته ذميا فاذا أقام سنة من يوم قال له الامام أخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه قبل ذلك وان خرج بعد تمام السنة فلا سبيل عليه ولو قال الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فمكث سنة صار ذميا ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستأمن أرضا خراجية فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا لان وظيفة الخراج يختص بالمقام فى دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضى بكونه من أهل دار الاسلام فيصير ذميا ولو باعها قبل أن يجبى خراجها لا يصير ذميا لان دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشراء فما لم يوضع عليه الخراج لا يصير ذميا ولو استأجر أرضا خراجية فزرعها لم يصر ذميا لان الخراج على الآجر دون المستأجر فلا يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا أخرجت الارض وأخذ الامام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذميا ولو اشترى المستأمن أرض المقاسمة وأجرها من رجل من المسلمين فاخذ الامام الخراج من ذلك لا يصير المستأمن ذميا لما بينا أن نفس الشراء لا يدل على الالتزام بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحربى المستأمن أرض خراج فزرعها فاخرجت زرعا فاصاب الزرع آفة أنه لا يصير ذميا لانه اذا أصاب الزرع آفة لم يجب الخراج فصار كانه لم يزرعها فبقى نفس الشراء وأنه لا يصلح دليل قبول الذمة ولو وجب على المستأمن الخراج فى أقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذميا حين وجوب الخراج ويؤخذ منه خراج رأسه بعد سنة مستقبلة لانه بوجوب خراج الارض صار ذميا كان عقد الذمة نصا فيعتبر ابتداء العقد من حين وجوب الخراج فيؤخذ خراج الرأس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو تزوجت الحربية المستأمنة فى دار الاسلام ذميا صارت ذمية ولو تزوج الحربى المستأمن فى دار الاسلام ذمية لم يصر ذميا (ووجه) الفرق ان المرأة تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمى فقد رضيت بالمقام فى دارنا فصارت ذمية تبعا لزوجها فأما الزوج فليس بتابع للمرأة فلا يكون تزوجه اياها دليل الرضا بالمقام فى دارنا فلا يصير ذميا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الركن فأنواع (منها) أن لا يكون المعاهد من مشركى العرب فانه لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف لقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله تعالى فخلوا سبيلهم أمر سبحانه وتعالى بقتل المشركين ولم يأمر بتخلية سبيلهم الا عند توبتهم وهى الاسلام ويجوز عقد الذمة مع أهل الكتاب لقول الله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب الآية وسواء كانوا من العرب أو من العجم لعموم النص ويجوز مع المجوس لانهم ملحقون بأهل الكتاب فى حق الجزية لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى المجوس سنوا بهم سنة أهل الكتاب وكذلك فعل سيدنا عمر رضى الله عنه بسواد العراق وضرب الجزية على جماجمهم والخراج على أراضيهم ثم وجه الفرق بين مشركى العرب وغيرهم من أهل الكتاب ومشركى

العجم

العجم ان أهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا لرغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع فى ذلك بل للدعوة الى الاسلام ليخالطوا المسلمين فيتاملوا فى محاسن الاسلام وشرائعه و ينظروا فيها فيروها مؤسسة على ما تحتمله العقول وتقبله فيدعوهم ذلك الى الاسلام فيرغبون فيه فكان عقد الذمة لرجاء الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع مشركى العرب لانهم أهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الآباء بل يعبدون ماسوى ذلك سخرية وجنونا فلا يشتغلون بالتأمل والنظر فى محاسن الشريعة ليقفوا عليها فيدعوهم الى الاسلام فتعين السيف داعيا لهم الى الاسلام ولهذا لم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركو العجم ملحقون باهل الكتاب فى هذا الحكم بالنص الذى روينا (ومنها) أن لا يكون مرتدا فانه لا يقبل من المرتد أيضا الا الاسلام أو السيف لقول الله تبارك وتعالى تقاتلونهم أو يسلمون قيل ان الآية نزلت فى أهل الردة من بنى حنيفة ولان العقد فى حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن دين الاسلام بعد ما عرف محاسنه وشرائعه المحمودة فى العقول الا لسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية فى حقه وسيلة الى الاسلام والله تعالى أعلم (وأما) الصابؤن فيعقد لهم عقد الذمة لما ذكرنا فى كتاب النكاح عند أبى حنيفة هم قوم من أهل الكتاب يقرؤن الزبور وعندهما قوم يعبدون الكواكب فكانوا فى حكم عبدة الاوثان فتؤخذ منهم الجزية اذا كانوا من العجم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون مؤبدا فان وقته وقتا لم يصح عقد الذمة لان عقد الذمة فى إفادة العصمة كالخلف عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الا مؤبدا فكذا عقد الذمة والله تعالى أعلم (وأما) بيان حكم العقد فنقول و بالله التوفيق ان لعقد الذمة أحكاما (منها) عصمة النفس لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله عز وجل حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون نهى سبحانه وتعالى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت الاباحة تثبت العصمة ضرورة (ومنها) عصمة المال لانها تابعة لعصمة النفس وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال انما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا والكلام فى وجوب الجزية فى مواضع فى بيان سبب وجوب الجزية وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان وقت الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان ما يسقط به بعد الوجوب (أما) الاول فسبب وجوبها عقد الذمة وأما شرائط الوجوب فانواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الذكورة فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين لان الله سبحانه وتعالى أوجب الجزية على من هو من أهل القتال بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعى أهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس من أهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا تجب عليهم (ومنها) الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان المريض لا يقدر على القتال وكذلك إن مرض أكثر السنة وان صح أكثر السنة وجبت لان للاكثر حكم الكل (ومنها) السلامة عن الزمانة والعمى والكبر فى ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى والشيخ الكبير وروى عن أبى يوسف انها ليست بشرط وتجب على هؤلاء اذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هؤلاء ليسوا من أهل القتال عادة ألا ترى انهم لا يقتلون وكذا الفقير الذى لا يعتمل لا قدرة له لان من لا يقدر على العمل لا يكون من أهل القتال (وأما) أصحاب الصوامع فعليهم الجزية اذا كانوا قادرين على العمل لانهم من أهل القتال فعدم العمل مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب كما اذا كان له أرض خراجية فلم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج والله تعالى أعلم (ومنها) الحرية فلا تجب على العبد لان العبد ليس من أهل ملك المال (وأما) وقت الوجوب فأول السنة لانها تجب لحقن الدم فى المستقبل فلا تؤخر الى آخر السنة ولكن تؤخذ فى كل شهر من الفقير درهم ومن المتوسط درهمان ومن الغنى أربعة دراهم (وأما) بيان مقدار الواجب فنقول و بالله التوفيق الجزية على ضربين جزية توضع بالتراضى وهو الصلح وذلك يتقدر بقدر ما وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم

أهل نجران على الف ومائتى حلة وجزية يضعها الامام عليهم من غير رضاهم بان ظهر الامام على أرض الكفار وأقرهم على أملاكهم وجعلهم ذمة وذلك على ثلاثة مراتب لان الذمة ثلاث طبقات أغنياء وأوساط وفقراء فيضع على الغنى ثمانية وأربعين درهماً وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهماً كذا روى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه أنه أمر عثمان بن حنيف حين بعثه الى السواد أن يضع هكذا وكان ذلك من سيدنا عمر رضى الله عنه بمحضر من الصحابة من المهاجرين والانصار رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فهو كالاجماع على ذلك مع ما أنه لا يحتمل أن يكون من سيدنا عمر رضى الله عنه رأيا لان المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع لا العقل فهو كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اختلف فى تفسير الغنى فى هذا الباب والوسط والفقير قال بعضهم من لم يملك نصابا تجب فى مثله الزكاة على المسلمين وهو مائتا درهم فهو فقير ومن ملك مائتى درهم فهو من الاواسط ومن ملك أربعة آلاف درهم فصاعدا فهو من الاغنياء لما روى عن سيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهم انهما قالا أربعة آلاف درهم فما دونها نفقة وما فوق ذلك كنز وقيل من ملك مائتى درهم الى عشرة آلاف فما دونها فهو من الاوساط ومن ملك زيادة على عشرة آلاف فهو من الاغنياء والله تعالى أعلم (وأما) ما يسقطها بعد الوجوب فانواع (منها) الاسلام (ومنها) الموت عندنا فان الذمى اذا أسلم او مات سقطت الجزية عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تسقط بالموت والاسلام (وجه) قوله ان الجزية وجبت عوضاً عن العصمة بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله جل شأنه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أباح جلت عظمته دماء أهل القتال ثم حقنها بالجزية فكانت الجزية عوضاً عن حقن الدم وقد حصل له المعوض فى الزمان الماضى فلا يسقط عنه العوض (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على مسلم جزية وعن سيدنا عمر رضى الله عنه انه رفع الجزية بالاسلام فقال والله ان فى الاسلام لمعاذاً ان فعل ولانها وجبت وسيلة الى الاسلام فلا تبقى بعد الاسلام والموت كالقتال والدليل على انها وجبت وسيلة الى الاسلام ان الاسلام فرض بالنصوص والجزية تتضمن ترك القتال فلا يجوز شرع عقد الذمة والجزية الذى فيه ترك القتال الا لما شرع له القتال وهو التوسل الى الاسلام والا فيكون تناقضا والشريعة لا تتناقض وتعذر تحقيق معنى التوسل بعد الموت والاسلام فيسقط ضرورة وقوله انها وجبت عوضا عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت الا وسيلة الى الاسلام لان تمكين الكفرة فى دار الاسلام وترك قتالهم مع قولهم فى الله ما لا يليق بذاته وصفاته تبارك وتعالى للوصول الى عرض يسير من الدنيا خارج عن الحكم والعقل فاما التوسل الى الاسلام واعدام الكفرة فمعقول مع ما انها ان وجبت لحقن الدم فانما تجب كذلك فى المستقبل واذا صار دمه محقونا فيما مضى فلا يجوز أخذ الجزية لاجله فتسقط (ومنها) مضى سنة تامة ودخول سنة أخرى عند أبى حنيفة وعندهما لا تسقط حتى انه اذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذمى تؤخذ منه للسنة المستقبلة ولا تؤخذ للسنة الماضية عنده وعندهما تؤخذ لما مضى ما دام ذميا والمسئلة تعرف بالموانيد(١) انها تؤخذ أم لا (وجه) قولهما ان الجزية أحد نوعى الخراج فلا تسقط بالتأخير الى سنة أخرى استدلالا بالخراج الآخر وهو خراج الارض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا تسقط بالتأخير كسائر الديون ولابى حنيفة رحمه الله وجهان (أحدهما) ان الجزية ما وجبت الا لرجاء الاسلام واذا لم يوجد حتى دخلت سنة أخرى انقطع الرجاء فيما مضى وبقى الرجاء فى المستقبل فيؤخذ للسنة المستقبلة والثانى ان الجزية انما جعلت لحقن الدم فى المستقبل فاذا صار دمه محقونا فى السنة الماضية فلا تؤخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة الى ذلك كما اذا أسلم أو مات تسقط عنه الجزية لعدم الحاجة الى الحقن بالجزية كذا هذا والاعتبار بخراج الارض غير سديد فان المجوسى اذا أسلم بعد مضى السنة لا يسقط عنه خراج الارض ويسقط عنه خراج الرأس بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وبه تبين ان هذا ليس كسائر الديون فبطل الاعتبار بها والله تعالى أعلم (وأما) صفة العقد فهو انه لازم فى حقنا حتى لا يملك المسلمون نقضه بحال من الاحوال وأما فى حقهم فغير لازم بل

(١) كذا فى الاصل وفى نسخة هكذا بالمواسه

يحتمل

يحتمل الانتفاع فى الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد أمور ثلاثة أحدها ان يسلم الذمى لما مران الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام وقد حصل المقصود والثانى أن يلحق بدار الحرب لانه اذا لحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد الا ان الذمى اذا لحق بدار الحرب يسترق والمرتد اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما نذكره ان شاء الله تعالى (والثالث) ان يغلبوا على موضع فيحاربون لانهم اذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل الحرب وينتقض العهد ضرورة ولو امتنع الذمى من اعطاء الجزية لا ينتقض عهده لان الامتناع يحتمل ان يكون لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال وكذلك لو سب النبى عليه الصلاة والسلام لا ينتقض عهده لان هذا زيادة كفر على كفر والعقد يبقى مع اصل الكفر فيبقى مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلما او زنى بمسلمة لان هذه معاص ارتكبوها وهى دون الكفر فى القبح والحرمة ثم بقيت الذمة مع الكفر فمع المعصية أولى والله تعالى أعلم (وأما) بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له ومالا يتعرض فنقول وبالله التوفيق ان اهل الذمة يؤخذون باظهار علامات يعرفون بها ولا يتركون يتشبهون بالمسلمين فى لباسهم ومركبهم وهيئتهم فيؤخذ الذمى بان يجعل على وسطه كشيجا مثل الخيط الغليظ و يلبس قلنسوة طويلة مضربة و يركب سرجا على قربوسه مثل الرمانة ولا يلبس طيلسانا مثل طيالسة المسلمين و رداء مثل أردية المسلمين والاصل فيه ماروى ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله مر على رجال ركوب ذوى هيئة فظنهم مسلمين فسلم عليهم فقال له رجل من أصحابه أصلحك الله تدرى من هؤلاء فقال من هم فقال هؤلاء نصارى بنى تغلب فلما أتى منزله أمر أن ينادى فى الناس أن لا يبقى نصرانى الا عقد ناصيته و ركب الاكاف ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون كالاجماع ولان السلام من شعائر الاسلام فيحتاج المسلمون إلى إظهار هذه الشعائر عند الالتقاء ولا يمكنهم ذلك إلا بتمييز أهل الذمة بالعلامة ولان فى إظهار هذه العلامات إظهار آثار الذلة عليهم وفيه صيانة عقائد ضعفة المسلمين عن التغيير على ما قال سبحانه وتعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون وكذا يجب أن تتميز نساؤهم عن نساء المسلمين فى حال المشى فى الطريق و يجب التمييز فى الحمامات فى الازر فيخالف ازرهم أزر المسلمين لما قلنا وكذا يجب أن تميز الدور بعلامات تعرف بها دورهم من دور المسلمين ليعرف السائل المسلم انها دور الكفرة فلا يدعو لهم بالمغفرة و يتركون أن يسكنوا فى أمصار المسلمين يبيعون و يشترون لان عقد الذمة شرع ليكون وسيلة لهم الى الاسلام وتمكينهم من المقام فى أمصار المسلمين أبلغ الى هذا المقصود وفيه أيضاً منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمور والخنازير فيها ظاهر الان حرمة الخمر والخنزير ثابتة فى حقهم كما هى ثابتة فى حق المسلمين لانهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح عند أهل الاصول على ما عرف فى موضعه فكان اظهار بيع الخمر والخنزير منهم اظهاراً للفسق فيمنعون من ذلك وعندهم ان ذلك مباح فكان اظهار شعائر الكفر فى مكان معد لاظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين فيمنعون من ذلك وكذا يمنعون من ادخالها فى امصار المسلمين ظاهرا وروى عن أبى يوسف انى أمنعهم من ادخال الخنازير فرق بين الخمر والخنزير لما فى الخمر من خوف وقوع المسلم فيها ولا يتوهم ذلك فى الخنزير ولا يمكنون من إظهار صليبهم فى عيدهم لانه اظهار شعائر الكفر فلا يمكنون من ذلك فى أمصار المسلمين ولو فعلوا ذلك فى كنائسهم لا يتعرض لهم وكذا لو ضربوا الناقوس فى جوف كنائسهم القديمة لم يتعرض لذلك لان اظهار الشعائر لم يتحقق فان ضربوا به خارجا منها لم يمكنوا منه لما فيه من اظهار الشعائر ولا يمنعون من اظهار شىء مما ذكرنا من بيع الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس فى قرية أو موضع ليس من أمصار المسلمين ولو كان فيه عدد كثير من أهل الاسلام وانما يكره ذلك فى أمصار المسلمين وهى التى يقام فيها الجمع والاعياد والحدود ولان المنع من اظهار هذه الاشياء لكونه اظهار شعائر الكفر فى مكان اظهار شعائر الاسلام فيختص المنع بالمكان المعد لاظهار الشعائر وهو المصر الجامع (وأما) اظهار فسق يعتقدون حرمته كالزنا وسائر الفواحش التى هى حرام فى دينهم فانهم يمنعون من ذلك سواء كانوا فى أمصار المسلمين أو فى أمصارهم

ومدائنهم وقراهم وكذا المزامير والعيدان والطبول فى الغنا واللعب بالحمام ونظيرها يمنعون من ذلك كله فى الامصار والقرى لانهم يعتقدون حرمة هذه الافعال كما نعتقدها نحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها (وأما) الكنائس والبيع القديمة فلا يتعرض لها ولا يهدم شئ منها (واما) احداث كنيسة أخرى فيمنعون عنه فيما صار مصراً من أمصار المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا كنيسة فى الاسلام الا فى دار الاسلام ولو انهدمت كنيسة فلهم ان يبنوها كما كانت لان لهذا البناء حكم البقاء ولهم ان يستبقوها فلهم ان يبنوها وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع آخر لان التحويل من موضع الى موضع آخر فى حكم احداث كنيسة أخرى (وأما) فى القرى أوفى موضع ليس من أمصار المسلمين فلا يمنعون من احداث الكنائس والبيع كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمور والخنازير لما بينا ولو ظهر الامام على قوم من أهل الحرب فرأى أن يجعلهم ذمة ويضع على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج لا يمنعون من اتخاذ الكنائس والبيع واظهار بيع الخمر والخنزير لان الممنوع اظهار شعائر الكفر فى مكان اظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين ولم يوجد بخلاف ما اذا صاروا ذمة بالصلح بان طلب قوم من أهل الحرب منا أن يصيروا ذمة يؤدون عن رقابهم وأراضيهم شيئاً معلوما ونجرى عليهم أحكام الاسلام فصالحناهم على ذلك فكانت أراضيهم مثل أراضى الشام مدائن وقرى ورساتيق وأمصار انه لا يتعرض لكنائسهم القديمة ولكنهم لو أرادوا أن يحدثوا شيأ منها يمنعوا من ذلك لانها صارت مصرا من أمصار المسلمين واحداث الكنيسة فى مصر من أمصار المسلمين ممنوع عنه شرعا فان مصر الامام مصراً للمسلمين كما مصر سيدنا عمر رضى الله عنه الكوفة والبصرة فاشترى قوم من أهل الذمة دوراً وأرادوا أن يتخذوا فيها كنائس لا يمكنوا من ذلك لما قلنا وكذلك لو تخلى رجل فى صومعته منع من ذلك لان ذلك فى معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من أمصار المشركين ظهر عليه الامام عنوة وجعلهم ذمة فما كان فيه كنيسة قديمة منعهم من الصلاة فى تلك الكنائس لانه لما فتح عنوة فقد استحقه المسلمون فيمنعهم من الصلاة فيها ويأمرهم ان يتخذوها مساكن ولا ينبغى ان يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصرا ولو عطل الامام هذا المصر وتركوا اقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لاهل القرية ان يحدثوا ما شاؤا لانه عاد قرية كما كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب الصليب فى بيته لان نصب الصليب كنصب الصنم وتصلى فى بيته حيث شاءت هذا الذى ذكرنا حكم أرض العجم (وأما) أرض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر والخنزير مصراً كان أو قرية أو ماء من مياه العرب ويمنع المشركون ان يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا كذا ذكره محمد تفضيلا لارض العرب على غيرها وتطهيرا لها عن الدين الباطل قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب وأما الالتجاء الى الحرم فان الحربى اذا التجأ الى الحرم لا يباح قتله فى الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم وعند الشافعى رحمه الله يقتل فى الحرم واختلف أصحابنا فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقتل فى الحرم ولا يخرج منه أيضا وقال أبو يوسف رحمه الله لا يباح قتله فى الحرم ولكن يباح اخراجه من الحرم للشافعى رحمه الله قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث يعبر به عن المكان فكان هذا اباحة لقتل المشركين فى الاماكن كلها (ولنا) قوله تبارك وتعالى أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا هذا اذا دخل ملتجئا اما اذا دخل مكابرا أو مقاتلا يقتل لقوله تعالى ولا تقاتلوهم عند المسجد حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم ولانه لما دخل مقاتلا فقد هتك حرمة الحرم فيقتل تلافيا للهتك زجر الغيره عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من أهل الحرب للقتال فانهم يقتلون ولو انهزموا من المسلمين فلا شئ على المسلمين فى قتلهم واسرهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الغنائم وما يتصل بها فنقول وبالله التوفيق ههنا ثلاثة أشياء النفل والفيء والغنيمة فلا بد من بيان معانى هذه الالفاظ وما يتعلق بها من الشرائط والاحكام (أما) النفل فى اللغة فعبارة عن الزيادة ومنه سمى ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد الصلبى وسميت نوافل العبادات لكونها زيادات على الفرائض وفى الشريعة عبارة

عما خصه الامام لبعض الغزاة تحريضا لهم على القتال سمي نفلا لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الامام من أصاب شيأ فله ربعه أو ثلثه أو قال من أصاب شيأ فهو له أو قال من أخذ شيأ أو قال من قتل قتيلا فله سلبه أو قال لسرية ما أصبتم فلكم ربعه أو ثلثه أو قال فهو لكم وذلك جائز لان التخصيص بذلك تحريض على القتال وانه أمر مشروع ومندوب اليه قال الله تعالى عز شأنه يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان التنفيل بكل المأخوذ قطع حق الغانمين عن النفل أصلا لكن مع هذا لو رأى الامام المصلحة في ذلك ففعله مع سرية جاز لان المصلحة قد تكون فيه في الجملة ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب والفضة والسلب وغير ذلك لان معنى التحريض على القتال يتحقق في الكل والسلب هو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه ودابته التي ركبها بسرجها وآلاتها وما كان معه من مال في حقيبة على الدابة أو على وسطه (وأما) حقيبة غلامه وما كان مع غلامه من دابة أخرى فليس بسلب ولو اشتركا في قتل رجل كان السلب بينهما فان بدأ أحدهما فضربه ثم أجهزه الآخر بان كانت الضربة الاولى قد أثخنته وصيرته الى حال لا يقاتل ولا يعين على القتال فالسلب للاول لانه قتيل الاول وان كانت الضربة الاولى لم تصيره الى هذه الحالة فالسلب للثاني لانه قتيل الثاني ولو قتل رجل واحد قتيلين أو أكثر فله سلبه وهل يدخل الامام في التنفيل ان قال في جميع ذلك منكم لا يدخل لانه خصهم وان لم يقل منكم يدخل لانه عم الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيأ فقتل رجل من الغزاة قتيلا لم يختص بسلبه عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان قتله مدبرا منهزما لم يختص بسلبه وان قتله مقبلا مقاتلا يختص بسلبه واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا فله سلبه وهذا منه عليه الصلاة والسلام نصب الشرع ولانه اذا قتله مقبلا مقاتلا فقد قتله بقوة نفسه فيختص بالسلب واذا قتله موليا منهزما فانما قتله بقوة الجماعة فكان السلب غنيمة مقسومة (ولنا) ان القياس يأبى جواز التنفيل والاختصاص بالمصاب من السلب وغيره لان سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد وجد من الكل وان كان هو الاستيلاء والاصابة والاخذ بذلك حصل بقوة الكل فيقتضى الاستحقاق للكل فتخصيص البعض بالتنفيل يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق فينبغي أن لا يجوز الا انا استحسنا الجواز بالنص وهو قوله تبارك وتعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال والتنفيل تحريض على القتال باطماع زيادة المال لان من له زيادة غناء وفضل شجاعة لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح وتعريض النفس للهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر فلا يستحق الزيادة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لانه يحتمل انه نصب ذلك القول شرعا ويحتمل أن يكون نصبه شرطا ويحتمل أنه نفل قوما باعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال نظيره قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهي له انه لم يجعله أبو حنيفة حجة لملك الارض المحياة بغير اذن الامام لمثل هذا الاحتمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط جوازه فهو أن يكون قبل حصول الغنيمة في يد الغانمين فاذا حصلت في أيديهم فلا نفل لان جواز التنفيل للتحريض على القتال وذا لا يتحقق الا قبل أخذ الغنيمة فان قيل أليس أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل بعد احراز الغنيمة فالجواب أنه يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام انما نفل من الخمس أو من الصفي الذي كان له في الغنائم ويحتمل أنه كان مما أفاء الله تعالى عليه فسماه الراوي غنيمة والله تعالى أعلم (وأما) حكم التنفيل فنوعان أحدهما اختصاص النفل بالمنفل حتى لا يشاركه فيه غيره وهل يثبت الملك فيه قبل الاحراز بدار الاسلام ففيه كلام نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والثاني انه لا خمس في النفل لان الخمس انما يجب في غنيمة مشتركة بين الغانمين والنفل ما أخلصه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه الخمس ويشارك المنفل له الغزاة في أربعة اخماس ما أصابوا الا ان الاصابة أو الجهاد حصل بقوة الكل الا أن الامام خص البعض ببعضها وقطع حق الباقين عنه فبقى حق الكل متعلقا بما وراءه فيشاركهم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) الفيء فهو اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الاموال المبعوثة بالرسالة الى امام المسلمين والاموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب ولا خمس فيه لانه ليس بغنيمة اذ هي المأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان الفيء لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء يختصه لنفسه أو يفرقه فيمن شاء قال الله تعالى عز شأنه وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله عز وجل على رسوله صلى الله عليه وسلم وكانت خالصة له وكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي جعله في الكراع والسلاح ولهذا كانت فدك خالصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم اذ كانت لم يوجف عليها الصحابة رضى الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روى أن أهل فدك لما بلغهم أهل خيبر انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجليهم ويحقن دماءهم ويخلوا بينه وبين أموالهم بعثوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وصالحوه على النصف من فدك فصالحهم عليه الصلاة والسلام على ذلك ثم الفرق بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الائمة في المال المبعوث اليهم من أهل الحرب انه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ان الامام انما أشرك قومه في المال المبعوث اليه من أهل الحرب لان هيبة الائمة بسبب قومهم فكانت شركة بينهم (وأما) هيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت بما نصر من الرعب لا بأصحابه كما قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالرعب مسيرة شهرين لذلك كان له ان يختص لنفسه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا دخل حربي في دار الاسلام بغير أمان فاخذه واحد من المسلمين يكون فيأ لجماعة المسلمين ولا يختص به الآخذ عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون للآخذ خاصة (وجه) قولهما ان سبب الملك وجد من الآخذ خاصة فيختص بملكه كما اذا دخلت طائفة من أهل الحرب دار الاسلام فاستقبلتها سرية من أهل الاسلام فاخذتها انهم يختصون بملكها والدليل عن ان سبب الملك وجد من الآخذ خاصة ان السبب هو الاخذ والاستيلاء هو اثبات اليد وقد وجد ذلك حقيقة من الآخذ خاصة وأهل الدار ان كانت لهم يد لكنها يد حكمية ويد الحربي حقيقية لانه حر والحر في يد نفسه واليد الحكمية لا تصلح مبطلة لليد الحقيقية لانها دونها ونقض الشيء بما هو مثله أو بما هو فوقه لا بما هو دونه فاما يد الآخذ فيد حقيقة وهي محقة ويد الحربي مبطلة فجاز ابطالها بها (وجه) قول أبي حنيفة رضى الله عنه انه وجد سبب ثبوت الملك لعامة المسلمين في محل قابل للملك وهو المباح فيصير ملكا للكل كما اذا استولى جماعة على صيد وانما قلنا ذلك لانه كلما دخل دار الاسلام فقد ثبت يد أهل الدار عليه لان الدار في أيديهم فما في الدار يكون في أيديهم أيضا ولهذا قلنا انه لا يثبت الملك للغانمين في الغنائم ما داموا في دار الحرب كذا ههنا قوله يد أهل الدار يد حكمية ويد الحربي حقيقية فلا تبطلها قلنا ويد أهل الدار حقيقية أيضا لان المعنى من اليد في هذه الابواب القدرة من حيث سلامة الاسباب والآلات ولأهل الدار آلات سليمة لو استعملوها في التصرف عليه لحدثت لهم بمجرى العادة قدرة حقيقية على وجه لا يمكنهم مقاومتهم ومعارضتهم مع ما انه اذا ثبت يد الآخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد أهل الدار لان يده يد أهل الدار لان أهل دار الاسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذبون عن دين واحد فكانت يده يد الكل معنى كما اذا دخل الغزاة دار الحرب فاخذ واحد منهم شيأ من أموال الكفرة فان المأخوذ يكون غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما السريتان اذا التقتا في دار الاسلام فأخذ منها سرية الامام فانما اختصوا بملكها للحاجة والضرورة وهي ان بالامام حاجة الى بعث السرايا لحراسة الحوزة وحماية البيضة عن شر الكفرة اذ الكفرة يقصدون دار الاسلام والدخول في حدودها بغتة فاذا علموا ببعث السرايا وتهيئهم للذب عن حريم الاسلام قطعوا الاطماع فبقيت البيضة محروسة فلو لم يختصوا بالمأخوذ لما انقاد طبعهم لكفاية هذا الشغل فتمتد اطماع الكفرة الى دار الاسلام ولهذا اذا نفل الامام سرية فاصابوا شيأ يختصون به لوقوع الحاجة الى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة بزيادة

شجاعة

شجاعة لانه لا ينقاد طبعه لاظهارها الا بالترغيب بزيادة من المصاب بالتنفيل كذا هذا وهل يجب فيه الخمس فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان والصحيح انه لا يجب لان الخمس انما يجب في الغنائم والغنيمة اسم للمال المأخوذ عنوة وقهراً بايجاف الخيل والركاب ولم يوجد لحصوله في أيديهم بغير قتال فكان مباحاً ملك لا على سبيل القهر والغلبة فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات وكذا روى عن محمد روايتان والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده يثبت بأخذه وانما أخذه على سبيل القهر والغلبة فكان في حكم الغنائم ولو دخل دار الاسلام فاسلم قبل ان يؤخذ ثم أخذه واحد من المسلمين يكون فيأ لجماعة المسلمين أيضاً عند أبي حنيفة وعندهما يكون حرا لا سبيل لاحد عليه وهذا فرع الاصل الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله كما دخل دار الاسلام فقد انعقد سبب الملك فيه لوقوعه في يد أهل الدار فاعتراض الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ حقيقة فكان حرا قبله حيث وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوت الملك على ما مر ولو رجع هذا الحربي الى دار الحرب خرج من ان يكون فيأ بالاجماع اما عند أبي حنيفة فلان حق أهل دار الاسلام لا يتأكد الا بالاخذ حقيقة ولم يوجد واما عندهما فلانه لم يثبت الملك أصلا الا بحقيقة الاخذ ولم يوجد وصار هذا كما اذا انفلت واحد من الاسارى قبل الاحراز بدار الاسلام والتحق بمنعتهم انه يعود حرا كما كان كذا هذا. ولو ادعى هذا الحربي بامان لم يقبل قوله عند أبي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان دخول دار الحرب سبب ثبوت الملك والامان عارض مانع من انعقاد السبب فلا تقبل دعوى العارض الا بحجة واما عندهما فلان الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ فكان حرا قبله فكان دعوى الامان دعوى حكم الاصل فتقبل وكذلك لو قال الآخذ انى امنته لم يقبل قوله عند أبي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا اقرار على نفسه وانه غير متهم في حق نفسه ولو دخل هذا الحربي الحرم قبل ان يؤخذ فهو فيء عند أبي حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنه لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام لم يبطل الملك فالحرم أولى ولان الاسلام أعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيأ الا بحقيقة الاخذ فيبقى على أصل الحرية ولا يتعرض له لكنه لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم ولو أمنه رجل من المسلمين في الحرم أو بعد ما خرج من الحرم قبل ان يؤخذ لم يصح عند أبي حنيفة وعندهما يصح ويرد الى مأمنه لان عنده صار فيأ لجماعة المسلمين بنفس دخول دار الاسلام وعندهما لا يصير فيأ الا بحقيقة الاخذ فاذا أمنه قبل الاخذ يصح ولا يصح بعده لانه مرقوق ولو أخذه رجل في الحرم وأخرجه منه فقد أساء وكان فيأ لجماعة المسلمين عند أبي حنيفة وعندهما يكون لمن أخذه اما عنده فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فالاخذ في الحرم لا يبطله واما عندهما فلان الملك وان كان يثبت بالاخذ وانه منهي لكن النهي لغيره وهو حرمة الحرم فلا يمنع كونه سبباً للملك في ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو أخذه في الحرم ولم يخرجه فينبغي ان يخلي سبيله في الحرم رعاية لحرمة الحرم ما دام فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الغنيمة فالكلام فيها في مواضع في تفسير الغنيمة وفي بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم وفي بيان مكان قسمة الغنائم وفي بيان ما يباح الانتفاع به من الغنائم وفي بيان كيفية قسمة الغنائم وفي بيان مصارفها اما الاول فالغنيمة عندنا اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة اما بحقيقة المنعة أو بدلالة المنعة وهي اذن الامام وعند الشافعي رحمه الله هي اسم للمأخوذ من أهل الحرب كيف ما كان ولا يشترط له المنعة أصلا وبيان ذلك في مسائل اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا أموالا منهم فانها تقسم قسمة الغنائم بالاجماع سواء دخلوا باذن الامام أو بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود المنعة القائمة مقام المقاتلة حقيقة واقل المنعة أربعة في ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام خير الاصحاب أربعة وروى عن أبي يوسف انها تسعة ولو دخل من لا منعة له باذن الامام كان المأخوذ غنيمة في ظاهر الرواية عن أصحابنا لوجود المنعة دلالة على ما

نذكره ولودخل بغيراذن الامام لم يكن غنيمة عندنالانعدام المنعة أصلا وعند الشافعي رحمه الله يكون غنيمة والصحيح قولنالان الغنيمة والغنم والمغنم في اللغة اسم لمال أصيب من أموال أهل الحرب وأوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب وكذا اشارة النص دليل عليه وهي قوله سبحانه وتعالى وماأفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولاركاب أشار سبحانه وتعالى الى انه مالم يوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب لا يكون غنيمة واصابة مال أهل الحرب بايجاف الخيل والركاب لا يكون الا بالمنعة اماحقيقة أودلالة لان من لامنعة له لا يمكنه الاخذ على طريق القهر والغلبة فلم يكن المأخوذ غنيمة بل كان مالامباحافيختص به الآخذ كالصيد الا ان أخذاه جميعاً فيكون المأخوذ بينهما كما لوأخذاصيداً اماعند وجود المنعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اماحقيقة المنعة فظاهرة وكذادلالة المنعة وهي اذن الامام لانه لماأذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعونة بالمدد والنصرة عند الحاجة فكان دخوله باذن الامام امتناعاً بالجيش الكثيف معنى فكان المأخوذ مأخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة فهو الفرق ولواجتمع فريقان أحدهما دخل باذن الامام والآخر بغيراذنه ولامنعة لهم فالحكم في كل فريق عند الاجتماع ماهو الحكم عند الانفراد انه ان تفرد كل فريق باخذ شيء فلكل فريق ماأخذ كما لوانفرد كل فريق بالدخول فاخذ شيأ فان اشترك الفريقان في الاخذ فالمأخوذ بينهم على عدد الآخذين ثم ماأصاب المأذون لهم يخمس ويكون أربعة أخماسه بينهم مشتركة فيه الآخذ وغير الآخذ لانه غنيمة وهذا سبيل الغنائم وما أصاب الذين لم يؤذن لهم لا خمس فيه فيكون بين الآخذين ولا يشاركهم الذين لم يأخذوا لانه مال مباح وهذا حكم المال المباح على ما بينا هذا اذا اجتمع فريقان ولامنعة لهم فامااذا اجتمعوا وكان لهم باجتماعهم منعة فما أصاب واحدمنهم أوجماعتهم يخمس وأربعة أخماسه بينهم لان المأخوذ غنيمة لوجود المنعة فكان وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولوكان الذين دخلواباذن الامام لهم منعة ثم لحقهم لص أولصان لامنعة لهما بغيراذن الامام ثم لقواقتالا وأصابوامالا وأصابوا غنائم فما أصاب العسكر قبل ان يلحقهم اللص فان هذا اللص لايشاركهم فيه وماأصابوه بعدان لحق هذا اللص بهم فانه يشاركهم لان الاصابة قبل اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك الاحراز بدار الاسلام لان لهم غنية عن معونة اللص فكان دخوله في الاستيلاء على المصاب قبل اللحاق وعدمه بمنزلة واحدة ولايشبه هذا الجيش اذا لحقهم المدد انه يشاركهم فيما أصابوا لان الجيش يستعين بالمدد لقوتهم فكان الاحراز حاصلا بالكل وكذلك الاصابة بعد اللحوق حصلت باستيلاء الكل لذلك شاركهم بخلاف اللص والله تعالى أعلم ولوأخذ واحدمن الجيش شيأ من المتاع الذي له قيمة وليس في يدانسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسمك فذلك غنيمة وفيه الخمس وذلك الواحد انما أخذه بمنعة الجماعة وقوتهم فكان مالامأخوذاعلى سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن لذلك الشيء في دار الحرب وفي دار الاسلام قيمة فهوله خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لا يقع فيه تمانع وتدافع فلا يقع أخذه على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولوأخذ شيأ له قيمة في دار الحرب نحو الخشب فعمله آنية أوغيرها رده الى الغنيمة لانه اذا كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل له فان لم يكن ذلك الشيء متقوماً فهوله خاصة لماقلنا ولاخمس فيما يؤخذ على موادعة أهل الحرب لانه ليس بمأخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام المسلمين لاخمس فيه لماقلنا ولوحاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فافتدوا أنفسهم بمال ففيه الخمس لانه غنيمة لكونه ماخوذا على سبيل القهر والغلبة والله سبحانه وتعالى أعلم وأمابيان مايملكه الامام من التصرف في الغنائم فجملة الكلام فيه انه اذاظهر الامام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لايخلو من أحد أنواع ثلاثة المتاع والاراضي والرقاب اما المتاع فانه يخمس ويقسم الباقي بين الغانمين ولاخيار للامام فيه واما الاراضي فللامام فيهاخياران ان شاءخمسهاو يقسم الباقي بين الغانمين لما بينا وان شاء تركها في يد أهلها بالخراج وجعلهم ذمة ان كانوا بمحل الذمة بان كانوا من أهل الكتاب أومن مشركي العجم ووضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم وهذا عندنا وعند

الشافعي

الشافعي رحمه الله ليس للامام ان يترك الاراضي في أيديهم بالخراج بل يقسمها (وجه) قوله ان الاراضي صارت ملكا للغزاة بالاستيلاء فكان الترك في أيديهم ابطالا لملك الغزاة فلا يملكه الامام كالمتاع (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان سيدنا عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الاراضي في أيديهم وضرب على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج بحضر من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم واما الرقاب فالامام فيها بين خيارات ثلاث ان شاء قتل الاسارى منهم وهم الرجال المقاتلة وسبي النساء والذراري لقوله تبارك وتعالى فاضربوا فوق الاعناق وهذا بعد الاخذ والاسر لان الضرب فوق الاعناق هو الابانة من المفصل ولا يقدر على ذلك حال القتال و يقدر عليه بعد الاخذ والاسر وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم في أسارى بدر فأشار بعضهم الى الفداء وأشار سيدنا عمر رضي الله عنه الى القتل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو جاءت من السماء نار ما نجى الا عمر أشار عليه الصلاة والسلام الى ان الصواب كان هو القتل وكذا روى انه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث يوم بدر و بقتل هلال بن خطل ومقيس بن صبابة يوم فتح مكة ولان المصلحة قد تكون في القتل لما فيه من استئصالهم فكان للامام ذلك وان شاء استرق الكل فخمسهم وقسمهم لان الكل غنيمة حقيقة لحصولها في أيديهم عنوة وقهرا بايجاف الخيل والركاب فكان له ان يقسم الكل الا رجال مشركي العرب والمرتدين فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون أو يسلمون وعند الشافعي رحمه الله يجوز استرقاقهم (وجه) قوله انه يجوز استرقاق مشركي العجم وأهل الكتاب من العجم والعرب فكذا استرقاق مشركي العرب والمرتدين وهذا لان للاسترقاق حكم الكفر وهم في الكفر سواء فكانوا في احتمال الاسترقاق سواء (ولنا) قوله سبحانه وتعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله سبحانه وتعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وأتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولان ترك القتل بالاسترقاق في حق أهل الكتاب ومشركي العجم للتوسل الى الاسلام ومعنى الوسيلة لا يتحقق في حق مشركي العرب والمرتدين على نحو ما بينا من قبل واما النساء والذراري منهم فيسترقون كما يسترق نساء مشركي العجم وذراريهم لان النبي عليه الصلاة والسلام استرق نساء هوازن وذراريهم وهم من صميم العرب وكذا الصحابة استرقوا نساء المرتدين من العرب وذراريهم وان شاء من عليهم وتركهم أحرارا بالذمة كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق الا مشركي العرب والمرتدين فانه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق لما بينا ولو شهدوا بشهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم تجز شهادتهم لانهم أهل الحرب فان جعلهم ذمة فاعادوا الشهادة جازت لان شهادة أهل الذمة مقبولة في الجملة فاما شهادة أهل الحرب فغير مقبولة أصلا وليس للامام ان يمن على الاسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لانه لو فعل ذلك لرجع الى المنعة فيصير حربا علينا فان قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير بن باطال من بني قريظة وكذا من على أهل خيبر فالجواب انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير ولم يقتله اما لا انه لم يثبت انه تركه بالجزية أم بدونها فاحتمل انه تركه بالجزية و بعقد الذمة وأما أهل خيبر فقد كانوا أهل الكتاب فتركهم ومن عليهم ليصيروا كرة للمسلمين و يجوز المن لذلك لان ذلك في معنى الجزية فيكون تركا بالجزية من حيث المعنى وهل للامام ان يفادي الاسارى اما المفاداة بالمال فلا تجوز عند أصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذي لا يرجى له ولد تجوز وعند الشافعي رحمه الله تجوز المفادات بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر قوله عز وجل فاما منا بعد واما فداء وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسارى بدر بالمال وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز والاباحة (ولنا) ان قتل الاسرى مأمور به لقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وانه منصرف الى ما بعد الاخذ والاسترقاق لما قلنا وقوله سبحانه وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامر بالقتل للتوسل الى الاسلام فلا يجوز تركه الا لما شرع له القتل وهو ان يكون وسيلة الى الاسلام ولا يحصل معنى التوسل بالمفاداة فلا يجوز

ترك المفروض لاجله و يحصل بالذمة والاسترقاق لما بينا فكان اقامة للفرض معنى لا تركا له ولان المفاداة بالمال اعانة لاهل الحرب على الحراب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حربا علينا وهذا لا يجوز ومحمد رحمه الله يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذى لا يرجى منه ولد فجاز فداؤه بالمال ولكنا نقول ان كان لا يحصل بهذا الطريق يحصل بطريق آخر وهو الرأى والمشورة وتكثير السواد وأما قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء فقد قال بعض أهل التفسير أن الآية منسوخة بقوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية لان سورة براءة نزلت بعد سورة محمد عليه الصلاة والسلام ويحتمل ان تكون الآية فى أهل الكتاب فيمن عليهم بعد أسرهم على ان يصيروا كرة للمسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر أو ذمة كما فعل سيدنا عمر رضى الله عنه باهل السواد و يسترقون (وأما) أسارى بدر فقد قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحى فعوتب عليه بقوله سبحانه وتعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم فيه عذاب عظيم حتى قال عليه الصلاة والسلام لو أنزل الله من السماء نارا ما نجى الا عمر رضى الله عنه يدل عليه قوله تعالى ما كان لنبى أن تكون له أسرى حتى يثخن فى الارض على أحد وجهى التأويل أى ما كان لنبى أن يأخذ الفداء فى الاسارى حتى يثخن فى الارض أى حتى يغلب فى الارض منعة عن أخذ الفداء بها وأشار الى أن ذلك ليغلب فى الارض اذ لو أطلقهم لرجعوا الى المنعة وصار واحربا على المسلمين فلا تتحقق الغلبة و يحتمل أن المفاداة كانت جائزة ثم انتسخت بقوله تبارك وتعالى فاضربوا فوق الاعناق وقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وانما عوتب عليه الصلاة والسلام بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لا لحظر المفاداة بل لانه عليه الصلاة والسلام لم ينتظر بلوغ الوحى و عمل باجتهاده أى لولا من حكم الله تعالى أن لا يعذب أحدا على العمل بالاجتهاد لمسكم العذاب بالعمل بالاجتهاد وترككم انتظار الوحى والله تعالى أعلم وكذا لا تجوز مفاداة الكراع والسلاح بالمال لان كل ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب وتجوز مفاداة أسارى المسلمين بالدراهم والدنانير والثياب ونحوها مما ليس فيها اعانة لهم على الحرب ولا يفادون بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب والله تعالى أعلم (وأما) مفاداة الاسير بالاسير فلا تجوز عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد تجوز (وجه) قولهما أن فى المفاداة انقاذ المسلم وذلك أولى من اهلاك الكافر ولابى حنيفة ما ذكرنا أن قتل المشركين فرض بقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق فلا يجوز تركه الا لما شرع له اقامة الفرض وهو التوسل الى الاسلام لانه لا يكون تركا معنى وذا لا يحصل بالمفاداة و يحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل ذلك على ما بينا ولما ذكرنا أن فيها اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حربا على المسلمين ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما قال أبو يوسف تجوز المفاداة قبل القسمة ولا تجوز بعدها وقال محمد تجوز فى الحالين (وجه) قول محمد أنه لما جازت المفاداة قبل القسمة فكذا بعد القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت ثم قيام الحق لم يمنع جواز المفاداة فكذا قيام الملك (وجه) قول أبى يوسف أن المفاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير رضاه وهذا لا يجوز فى الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة انما الثابت حق غير متقرر فجاز أن يكون محتملا للابطال بالمفاداة والله تعالى أعلم ولا يجوز أن يعطى رجل واحد من الاسارى و يؤخذ بدله رجلين من المشركين لان كم من واحد يغلب اثنين وأكثر من ذلك فيؤدى الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغى أن يعذبوهم بالجوع والعطش وغير ذلك من أنواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فائدة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى بنى قريظة لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح ولا تمثلوا بهم لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصايا الامراء ولا تمثلوا ولا ينبغى للرجل أن يقتل أسير صاحبه لانه له ضرب اختصاص به حيث أخذه وأسره فلم يكن لغيره أن يتصرف فيه كما لو التقط شيأ والافضل

ان

أن يأتى به الامام ان قدر عليه حتى يكون الامام هو الحكم فيه لتعلق حق الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى من بلغ اما بالسن أو بالاحتلام على قدر ما اختلف فيه فاما من لم يبلغ أو شك فى بلوغه فلا يقتل وكذا المعتوه الذى لا يعقل لما بينا من قبل فلو قتل رجل من المسلمين أسيرا فى دار الحرب أو فى دار الاسلام فان كان قبل القسمة فلا شئ فيه من دية ولا كفارة ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه خيرة القتل وان كان بعد القسمة أو بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم أو باعهم فقد صار دمهم معصوما فكان مضمونا بالقتل الا أنه لا يجب القصاص لقيام شبهة الاباحة كالحربى المستأمن ثم ما ذكرنا من خيار القتل للامام فى الاسارى قبل القسمة اذا لم يسلموا فان أسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام خيار ان فيهم ان شاء استرقهم فقسمهم وان شاء تركهم أحرارا بالذمة ان كانوا بمحل الذمة والاسترقاق لان الاسلام لا يرفع الرق اما لا يرفعه لان الرفع فيه ابطال حق الغزاة وهذا لا يجوز (وأما) بيان قسمة الغنائم فنقول وبالله التوفيق القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك (أما) قسمة الحمل فهى ان عزت الدواب ولم يجد الامام حمولة يفرق الغنائم على الغزاة فيحمل كل رجل على قدر نصيبه الى دار الاسلام ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه القسمة جائزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كالمودعين يقتسمان الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها جاز ذلك وتكون قسمة ملك فكذا هذا (وأما) قسمة الملك فلا تجوز فى دار الحرب عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله تجوز وهذا الاختلاف مبنى على أصل وهو أن الملك هل يثبت فى الغنائم فى دار الحرب للغزاة فعندنا لا يثبت الملك أصلا فيها لا من كل وجه ولا من وجه ولكن ينعقد سبب الملك فيها على أن تصير علة عند الاحراز بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك أو حق التملك عندنا وعنده يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بعد الفراغ من القتال قولا واحدا وله فى حال فور الهزيمة قولان ويبنى على هذا الاصل مسائل (منها) أنه اذا مات واحد من الغانمين فى دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث والله تعالى أعلم (ومنها) أن المدد اذا لحق الجيش فاحرزوا الغنائم جملة الى دار الاسلام يشاركونهم فيها عندنا وعنده لا يشاركونهم (ومنها) أنه اذا أتلف واحد من الغانمين شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن (ومنها) أن الامام اذا باع شيأ من الغنائم لا لحاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعنده يجوز (ومنها) أن الامام اذا قسم الغنائم فى دار الحرب مجازفا غير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا تجوز عندنا وعنده تجوز (فاما) اذا رأى الامام القسمة فقسمها نفذت قسمته بالاجماع وكذلك لو رأى البيع فباعها لانه حكم امضاه فى محل الاجتهاد بالاجتهاد فينفذ (وجه) قول الشافعى رحمه الله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وقسم غنائم أوطاس باوطاس وقسم غنائم بنى المصطلق فى ديارهم وقسم غنائم بدر بالجعرانة وهى وادى من أودية بدر وأدنى ما يحمل عليه فعل النبى عليه الصلاة والسلام هو الجواز والاباحة ولانه وجد الاستيلاء على مال مباح فيفيد الملك استدلالا بالاستيلاء على الحطب والحشيش ولا شك أن المستولى عليه مال مباح لانه مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق الاستيلاء ان الاستيلاء عبارة عن اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار الحقائق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهزامهم واستردادهم أمر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر (ولنا) أن الاستيلاء انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد ههنا لان ملك الكفرة قائم لان ملك الكفرة كان ثابتا لهم والملك متى ثبت لانسان لا يزول الا بازالته أو بخروج المحل من أن يكون منتفعا به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شئ من ذلك (أما) الازالة وهلاك المحل فظاهر العدم (واما) قدرة الكفرة على الانتفاع باموالهم فلان الغزاة ما داموا فى دار الحرب فالاسترداد ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل احتمالا على السواء والملك كان ثابتا لهم فلا يزول مع الاحتمال وأما الاحاديث فاما غنائم خيبر وأوطاس والمصطلق فانما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تلك الديار لانه افتتحها فصارت ديار الاسلام (وأما) غنائم بدر فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج

به مع التعارض ثم الملك ان لم يثبت للغزاة فى الغنائم فى دار الحرب فقد ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بها من غير حاجة على ما ذكره ولولا تعلق الحق لجاز لانه يكون مالا مباحا وكذا الوطء واحد من الغزاة جارية من المغنم لا يجب عليه الحد لان له فيها حقا فاورث شبهة فى درء الحد ولا يجب عليه العقر أيضاً لانه بالوطء أتلف جزأ من منافع بضعها ولو أتلفها لا يضمن فههنا أولى ولا يثبت النسب أيضاً لو ادعى الولد لان ثبات النسب معتمد الملك أو الحق الخاص ولا ملك ههنا والحق عام وكذا لو أسلم الاسير فى دار الحرب لا يكون حرا ويدخل فى القسمة لتعلق حق الغانمين به بنفس الاخذ والاستيلاء فاعتراض الاسلام عليه لا يبطله بخلاف ما اذا أسلم قبل الاسر أنه يكون حرا ولا يدخل فى القسمة لان عند الاخذ والاسر لم يتعلق به حق أحد فكان الاسلام دافعا الحق لا رافعا اياه على ما بينا (وأما) بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك أو يتأكد الحق ويتقرر لان الاستيلاء الثابت انعقد سببا لثبوت الملك أو تأكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام وقد وجد فتجوز القسمة ويجرى فيه الارث ويضمن المتلف وتنقطع شركة المدد ونحو ذلك الا انه لو أعتق واحد من الغانمين عبداً من المغنم لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان نفاذ الاعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة فاما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وانه لا يحتمل الاعتاق لكنه يحتمل الارث والقسمة ويكفى لايجاب الضمان وانقطاع شركة المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد لا تصير أم ولد استحسانا لما بينا ان إثبات النسب وأمومية الولد يقفان على ملك خاص وذلك بالقسمة أو حق خاص ولم يوجد ويلزمه العقر لان الملك العام أو الحق الخاص يكون مضمونا بالاتلاف (وأما بعد) القسمة فيثبت الملك الخاص لكل واحد منهم فى نصيبه لان القسمة افراز الانصباء وتعيينها ولو قسم الامام الغنائم فوقع عبد فى سهم رجل فاعتقه لا شك انه ينفذ إعتاقه لان الاعتاق صادف ملكا خاصاً فاما اذا وقع فى سهم جماعة منهم عبد فأعتقه أحدهم ينفذ اعتاقه عند أبى حنيفة قل الشركاء أو كثروا (وروى) عن أبى يوسف ان كانوا عشرة أو أقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا أكثر من ذلك لا ينفذ فابو حنيفة رحمه الله نظر فى خصوص الملك الى القسمة وأبو يوسف الى العدد والصحيح نظر أبى حنيفة لان القسمة تميز وتعيين فكانت قاطعة لعموم الشركة مخصصة للملك وان كثر العدد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أخذ المسلمون غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنقذوها من أيديهم ثم جاء عسكر آخر فاخذها من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان نظر فى ذلك فان كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للآخرين لان الاولين لم يثبت لهم الا مجرد حق غير متقرر وقد ثبت للآخرين ملك عام أو حق متقرر يجرى مجرى الملك فكانوا أولى بالغنائم وان كان الاولون قد اقتسموها فالقسمة لهم وان كانوا لم يحرزوها بدار الاسلام لانهم ملكوها بالقسمة ملكا خاصاً فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على أملاكهم فان وجدوها فى يد الآخرين قبل القسمة أخذوها بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان شاؤا كما فى سائر أموالهم التى استولى عليها العدو ثم وجدوها فى يد الغانمين قبل القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم أحرزوها بدار الاسلام فان وجدوها بعد قسمة الآخرين فالآخرون أولى لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للاولين ملك عام أو حق متقرر عام فكان اعتبار الملك الخاص أولى (وأما) اذا وجدها قبل قسمة الآخرين ففيه روايتان ذكر فى الزيادات أن الاولين أولى وذكر فى السير الكبير ان الآخرين أولى (وجه) رواية الزيادات ان الثابت لكل واحد من الفريقين وان كان هو الحق المتأكد لكن نقض الحق بالحق جائز لان الشيء يحتمل الانتقاض بمثله كما فى النسخ ولهذا جاز نقض الملك بالملك (وجه) الرواية الاخرى ان حق الآخرين ثابت متقرر وحق الاولين زائل ذاهب فاستصحاب الحالة الثابتة أولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو القياس فى الملك فكان ينبغى ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت نصاً (بخلاف) القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار أحرزوا الاموال بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى أخذها الفريق الآخر من المسلمين منهم

فى دار الاسلام فالغنائم للاولين سواء قسمها الآخرون أولم يقسموها لان الكفار لا يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء الا بعد الاحراز بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنائم فى حكم يد الاولين مادامت فى دار الاسلام فكان الآخرون أخذوه من أيدى الاولين فيلزمهم الرد عليهم الا اذا كان الامام قسمها بين الآخرين ورأيه ان الكفرة قد ملكوها بنفس الاخذ والاستيلاء وان كانوا فى دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس فكانت قسمة فى محل الاجتهاد فتنفذ وتكون للآخرين والله تعالى أعلم هذا الذى ذكرنا من كون الاحراز بدار الاسلام شرطاً لثبوت الملك فى الغنائم المشتركة (وأما) الغنائم الخالصة وهى الانفال فهل هو شرط فيها (قال) بعض المشايخ انه شرط عند أبى حنيفة حتى لا يثبت الملك بينهما فيها قبل الاحراز بدار الاسلام (وعند) محمد ليس بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالا بمسئلة ظهر فيها اختلاف وهى ان الامام اذا نفل فقال من أصاب جارية فهى له فاصاب رجل من المسلمين جارية فاستبرأها فى دار الحرب بحيضة لا يحل له وطؤها (عند) أبى حنيفة وعند محمد يحل (وقال) بعضهم الاحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك فى الانفال بالاجماع واختلافهما فى تلك المسئلة لا يدل على الاختلاف فى ثبوت الملك لانه كما ظهر الاختلاف بينهما فى النفل فقد ظهر الاختلاف فى الغنيمة المقسومة فان الامام اذا قسم الغنائم فى دار الحرب فاصاب رجلا جارية فاستبرأها بحيضة فهو على الاختلاف وكذا لو رأى الامام بيع الغنائم فباع من رجل جارية فاستبرأها المشترى بحيضة فهو على الاختلاف (ولا خلاف) بين أصحابنا فى الغنائم المقسومة انه لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام دل ان منشأ الخلاف هناك شىء آخر وراء ثبوت الملك وعدمه والصحيح ان ثبوت الملك فى النفل لا يقف على الاحراز بدار الاسلام بين أصحابنا بخلاف الغنائم المقسومة لان سبب الملك قد تحقق وهو الاخذ والاستيلاء ولا يجوز تأخير الحكم عن سببه إلا لضرورة وفى الغنائم المقسومة ضرورة وهى خوف شر الكفرة لانه لو ثبت الملك بنفس الاخذ لاشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل أحد الى إحراز نصيبه بدار الاسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة فى الانفال لانها خالصة غير مقسومة فلا معنى لتأخير الحكم عن السبب والدليل على التفرقة بينهما ان المدد اذا لحق الجيش لا يشارك المنفل له كما بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة وكذا لو مات المنفل له يورث نصيبه كما لو مات بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة فيثبت بهذه الدلائل ان الملك فى النفل لا يقف على الاحراز بالدار بلا خلاف بين أصحابنا إلا ان هذا النوع من الملك لا يظهر فى حق حل الوطء عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا لا يدل على عدم الملك أصلا ألا ترى ان حل الوطء قد يمتنع مع قيام الملك لعوارض من الحيض والنفاس والمحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم إنما لم يثبت الحل هناك مع ثبوت الملك لانه ملك متزلزل غير متقرر لاحتمال الزوال ساعة فساعة لان الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قائماً ومتى استردوا يرتفع السبب من حين وجوده ويلتحق بالعدم اما من كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء لم يصادف محله وهو الملك المطلق ولهذا والله تعالى أعلم قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه انه لا يحل وطؤها بعد قسمة الامام و بيعه اذا رأى ذلك وان وقعت قسمته جائزة و بيعه نافذاً مفيداً للملك فى هذه الصورة كما ذكرنا من المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان) ما يجوز به الانتفاع من الغنائم وما لا يجوز فالكلام فيه فى موضعين (أحدهما) فى بيان ما ينتفع به منها (والثانى) فى بيان من ينتفع به (أما الاول) فلا بأس بالانتفاع بالمأكول والمشروب والعلف والحطب منها قبل الاحراز بدار الاسلام فقيراً كان المنتفع أو غنيا لعموم الحاجة الى الانتفاع بذلك فى حق الكل فانهم لو كلفوا حملها من دار الاسلام الى دار الحرب مدة ذهابهم وايابهم ومقامهم فيها لوقعوا فى حرج عظيم بل يتعذر عليهم ذلك فسقط اعتبار حق كل واحد من الغانمين فى حق صاحبه والتحق بالعدم شرعا والتحقت هذه الحال بالمباحات الاصلية لهذه الضرورة وكذلك كل ما كان مأكولا مثل السمن والزيت والخل لا

بأس أن يتناول الرجل و يدهن به نفسه ودابته لان الحاجة الى الانتفاع بهذه الاشياء قبل الاحراز بدار الاسلام لازمة وما كان من الادهان لا يؤكل مثل البنفسج والخيرى فلا ينبغى أن ينتفع به لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة بل من الحاجات الزائدة ولا ينبغى أن يبيعوا شيأ من الطعام والعلف وغيرذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عروض لان اطلاق الانتفاع واسقاط اعتبار الحقوق والحاقها بالعدم للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة فى البيع ولان محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمال مملوك لان الاحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد فان باع رجل شيأ رد الثمن الى الغنيمة لان الثمن بدل مال تعلق به حق الغانمين فكان مردودا الى المغنم ولو أحرز واشيأ من ذلك بدار الاسلام وهو فى أيديهم وان كانت لم تقسم الغنائم ردوها الى المغنم لاندفاع الضرورة وان كانت قد قسمت الغنيمة فان كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء وان كانوا فقراء انتفعوا به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم وقلته فاشبه اللقطة والله سبحانه وأعلم هذا اذا كانت قائمة بعد القسمة فان كان انتفع بها بعد القسمة فان كان غنيا تصدق بقيمته على الفقراء لانه أكل مالا لو كان قائما لكان سبيله التصدق لكونه مالا يتعلق به حق الغانمين ونعذر صرفه اليهم لقلته وكثرتهم فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وان كان فقيرا لم يجب عليه شئ لانه أكل مالا لو كان قائما لكان له ان يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما ماسوى المأكول والمشروب والعلف والحطب فلا ينبغى أن ينتفعوا به لان حق الغانمين متعلق به وفى الانتفاع ابطال حقهم الا أنه اذا احتاج الى استعمال شئ من السلاح أو الدواب أو الثياب فلا بأس باستعماله بأن انقطع سيفه فلا باس بأن يأخذ سيفا من الغنيمة فيقاتل به لكنه اذا استغنى عنه رده الى المغنم وكذا اذا احتاج الى ركوب فرس أو لبس ثوب اذا دفع حاجته بذلك رده الى المغنم لان هذا موضع الضرورة أيضا لكن الثابت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة حتى انه لو أراد أن يستعمل شيئا من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه وصيانة لها فلا ينبغى له ذلك لانعدام تحقق الضرورة وهكذا اذا ذبحوا البقر أو الغنم وأكلوا اللحم وردوا الجلود الى المغنم لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان من ينتفع بالغنائم فنقول أنه لا ينتفع بها الا الغانمون فلا يجوز للتجار أن يأكلوا شيأ من الغنيمة الا بثمن لان سقوط اعتبار حق كل واحد من الغانمين فى حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة فى حق غيرهم وللغانمين أن يأكلوا و يطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم لان انفاق الرجل على هؤلاء انفاق على نفسه لان نفقتهم عليه والاصل أن كل من عليه نفقته فله أن يطعمه ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة أن يأكل منه لان نفقته على نفسه لا عليه وللمرأة اذا دخلت دار الحرب لمداواة المرضى والجرحى أن تأكل وتعلف دابتها وتطعم رقيقها لان المرأة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغانمين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية قسمة الغنائم و بيان مصارفها فنقول و بالله التوفيق الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لاربابه وأربعة أخماسها للغانمين أما الخمس فالكلام فيه فى بيان كيفية قسمة الخمس وفى بيان مصرفه فنقول لا خلاف فى أن خمس الغنيمة فى حال حياة النبى عليه الصلاة والسلام كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبى عليه الصلاة والسلام وسهم لذوى القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل قال الله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول ولذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل واضافة الخمس الى الله تعالى يحتمل أن يكون لكونه مصروفا الى وجوه القرب التى هى لله تبارك وتعالى وهى قوله سبحانه وتعالى وللرسول ولذى القربى الآية على ما تضاف المساجد والكعبة الى الله سبحانه وتعالى لكونها مواضع اقامة العبادات والقرب التى هى لله تعالى ويحتمل أن يكون تعظيما للخمس على ما والاصل فى اضافة جزئية الاشياء الى الله سبحانه وتعالى انها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله ناقة الله و بيت الله ويحتمل أن يكون لخلوصه لله تعالى بخروجه عن تصرف الغانمين كقوله تعالى الملك يومئذ لله والملك فى كل الايام كلها لله تعالى لكن خص سبحانه وتعالى ذلك اليوم بالملك له

فيه

فيه لانقطاع تصرف الاغيار والله تعالى أعلم ثم اختلف العلماء فى سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى سهم ذوى القربى بعد وفاته أما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال علماؤنا رحمهم الله انه سقط بعد وفاته عليه الصلاة والسلام وقال الشافعى رحمه الله انه لم يسقط ويصرف الى الخلفاء لانه عليه الصلاة والسلام انما كان يأخذه كفاية له لاشتغاله بمصالح المسلمين والخلفاء بعده مشغولون بذلك فيصرف سهمه اليهم كفاية لهم (ولنا) أن ذلك الخمس كان خصوصية له عليه الصلاة والسلام كالصفى الذى كان له خاصة والفىء وهو المالية الذى لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم يكن لاحد خصوص من الفىء والصفى فكذا يجب أن لا يكون لاحد خصوص من الخمس ولهذا لم يكن للخلفاء الراشدين بعده بحققه أنه لو بقى بعده لكان بطريق الارث وقد قال عليه الصلاة والسلام انا معاشر الانبياء لانورث ما تركنا صدقة (وأما) سهم ذوى القربى فقد قال الشافعى رحمه الله انه باق ويصرف الى أولاد بنى هاشم من أولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها وغيرها يستوى فيه فقيرهم وغنيهم (وأما) عندنا فعلى الوجه الذى كان بقى واختلف المشايخ فيه أنه كيف كان والصحيح أنه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لا لقرابتهم وقد بقى كذلك بعد وفاته فيجوز أن يعطى فقراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء ويجاوزلهم من الخمس أيضا لما لاحظ لهم من الصدقات لكن يجوز أن يعطى غيرهم من فقراء المسلمين دونهم فيقسم الخمس عندنا على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل ويدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم شىء وعند الشافعى رحمه الله لذوى القربى سهم على حدة يصرف الى غنيهم وفقيرهم احتج الشافعى رحمه الله بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسة وللرسول ولذى القربى الآية فان الله تعالى جعل سهما لذوى القربى وهم القرابة من غير فصل بين الفقير والغنى وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم الخمس على خمسة أسهم وأعطى سهما منها لذوى القربى ولم يعرف له ناسخ فى حال حياته ولا نسخ بعد وفاته (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن فى كتاب السير ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا عليا رضى الله عنهم قسموا الغنائم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل بمحضر من الصحابة الكرام ولم ينكر عليهم أحد فيكون اجماعا منهم على ذلك وبه تبين أن ليس المراد من ذوى القربى قرابة الرسول عليه الصلاة والسلام اذ لا يظن بهم مخالفة كتاب الله تعالى ومخالفة رسوله عليه الصلاة والسلام فى فعله ومنع الحق عن المستحق وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم السكوت عما لا يحل مع ما وصفهم الله تعالى بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر وكذا ظاهر الآية الشريفة يدل عليه لان اسم ذوى القربى يتناول عموم القرابات ألا ترى الى قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقربين لم ينصرف الى قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما روى أنه قسم عليه الصلاة والسلام الخمس على خمسة أسهم فأعطى عليه الصلاة والسلام ذا القربى سهما فنعم لكن الكلام فى أنه أعطاهم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقربين ولم ينصرف الى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم لفقرهم وحاجتهم أو لقرابتهم وقد علمنا بقسمة الخلفاء الراشدين رضى الله تعالى عنهم أنه أعطاهم لحاجتهم وفقرهم لا لقرابتهم والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام كان يشدد فى أمر الغنائم فتناول من وبر بعير وقال ما يحل لى من غنائمكم ولا وزن هذه الوبرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار ونار وشنار على صاحبه يوم القيامة لم يخص عليه الصلاة والسلام القرابة بشىء من الخمس بل عم المسلمين جميعا بقوله عليه الصلاة والسلام والخمس مردود فيكم فدل أن سبيلهم سبيل سائر فقراء المسلمين يعطى من يحتاج منهم كفايته والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعطى أى فريق اتفق ممن سماهم الله تعالى جاز لان ذكر هؤلاء الاصناف لبيان المصارف لا لايجاب الصرف الى كل صنف منهم شيأ بل لتعيين المصرف حتى لا يجوز الصرف الى غير هؤلاء

كما فى الصدقات والله تعالى أعلم وأما الكلام فى الاربعة الاخماس ففى موضعين فى بيان من يستحق السهم منها ومن لا يستحق وفى بيان مقدار الاستحقاق أما الاول فالذى يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو ان يكون من أهل القتال ودخل دار الحرب على قصد القتال وسواء قاتل أولم يقاتل لان الجهاد والقتال ارهاب العدو وذا كما يحصل بمباشرة القتل يحصل بثبات القدم فى صف القتال ردأ للمقاتلة خشية كر العدو عليهم وكذا روى أن أصحاب بدر كانوا اثلاثا ثلث فى نحر العدو يقتلون ويأسرون وثلث يجمعون الغنائم وثلث يكونون ردا لهم خشية كر العدو عليهم وسواء كان مريضاً أو صحيحاً شاباً أو شيخاً حراً أو عبداً مأذوناً بالقتال لانهم من أهل القتال (فاما) المرأة والصبى العاقل والذمى والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لانهم ليسوا من أهل القتال ألا ترى أنه لا يجب القتال على الصبى والذمى أصلا ولا يجب على المرأة والعبد الا عند الضرورة وهى ضرورة عموم النفير ولذلك لم يستحقوا كمال السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعطى العبيد والصبيان والنسوان سهما كاملا من الغنائم وكذا لا سهم للتاجر لانه لم يدخل الدار على قصد القتال الا اذا قاتل مع العسكر فانه يستحق ما يستحقه العسكر لانه تبين انه دخل الدار على قصد القتال فكان مقاتلا ولا سهم للاجير لانعدام الدخول على قصد القتال فان قاتل نظر فى ذلك ان ترك الخدمة فقد دخل فى جملة العسكر وان لم يترك فلا شىء له أصلا لانه اذا لم يترك تبين انه لم يدخل على قصد القتال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان مقدار الاستحقاق وبيان حال المستحق وهو المقاتل فنقول وبالله التوفيق المقاتل اما ان يكون راجلا (واما) ان يكون فارساً فان كان راجلا فله سهم واحد وان كان فارسا فله سهمان عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وبه أخذ الشافعى رحمه الله وروايات الاخبار تعارضت فى الباب روى فى بعضها انه عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين وفى بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم له ثلاثة أسهم الا أن رواية السهمين عاضدها القياس وهو ان الرجل أصل فى الجهاد والفرس تابع له لانه آلة ألا ترى ان فعل الجهاد يقوم بالرجل وحده ولا يقوم بالفرس وحده فكان الفرس تابعاً فى باب الجهاد ولا يجوز تنفيل التبع على الاصل فى السهم وأخبار الآحاد اذا تعارضت فالعمل بما عاضده القياس أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى فيه العتيق من الخيل والفرس والبرذون لانه لا فضل فى النصوص بين فارس وفارس ولان استحقاق سهم الفرس لحصول ارهاب العدو به والله سبحانه وتعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله تبارك وتعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم فلا يفصل بين نوع ونوع ولا يسهم لاكثر من فرس واحد عند أبى حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وعند أبى يوسف يسهم لفرسين (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الغازى تقع الحاجة له الى فرسين يركب أحدهما ويجنب الآخر حتى اذا أعيى المركوب عن الكر والفر تحول الى الجنيبة (وجه) قولهم ان الاسهام للخيل فى الاصل ثبت على مخالفة القياس لان الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لسائر آلات الجهاد فكذا الخيل الا أن الشرع ورد به كفرس واحد فالزيادة على ذلك ترد الى أصل القياس على ان ورود الشرع ان كان معلولا بكونه آلة مرهبة للعدو بخلاف سائر الآلات فالمعتبر هو أصل الارهاب بدليل انه لا يسهم لما زاد على فرسين بالاجماع مع أن معنى الارهاب يزداد بزيادة الفرس ثم اختلف فى حال المقاتل من كونه فارساً أو راجلا فى أى وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب أم وقت شهود الوقعة فعندنا يعتبر وقت دخول دار الحرب اذا دخلها على قصد القتال وعند الشافعى رحمه الله يعتبر وقت شهود الوقعة حتى ان الغازى اذا دخل دار الحرب فارساً فمات فرسه أو نفر أو أخذه العدو فله سهم الفرسان عندنا وعنده له سهم الرجالة واحتج بما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان استحقاق الغنيمة بالجهاد ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لان الجهاد بالمقاتلة ودخول دار الحرب من باب قطع المسافة لا من باب المقاتلة (ولنا) أن الله تبارك وتعالى جعل الغنائم للمجاهدين قال سبحانه وتعالى فكلوا مما غنمتم حلالا طيباً

وقال

وقال تعالى عزشأنه واعلموا انما غنمتم من شيء وقال جلت عظمته وكبرياؤه وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها وقال سبحانه وتعالى واذ يعدكم الله احدى الطائفتين انها لكم وغير ذلك من النصوص والذي جاوز الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين أحدهما أن المجاوزة على هذا الوجه ارهاب العدو وانه جهاد والدليل على انه ارهاب العدو وانه جهاد قوله عز وجل ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولان دار الحرب لا تخلو عن عيون الكفار وطلائعهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركبانا فالجواسيس يخبرونهم بذلك فيقع الرعب في قلوبهم حتى يتركوا القرى والرساتيق هرابا الى القلاع والحصون المنيعة فكان مجاوزة الدرب على قصد القتال ارهاب العدو وانه جهاد والثاني ان فيه غيظ الكفرة وكبتهم لان وطء أرضهم وعقر دارهم مما يغيظهم قال الله تبارك وتعالى ولا يطؤن موطئاً يغيظ الكفار وفيه قهرهم وما الجهاد الا قهر أعداء الله تعالى لاعزاز دينه واعلاء كلمته فدل ان مجاوزة الدرب فارساً على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارساً فله سهم الفرسان ومن جاهد راجلا فله سهم الرجالة بقوله عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم وأما أمر سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل انه قال ذلك في وقعة خاصة بان وقع القتال في دار الاسلام أو في أرض فتحت عنوة وقهراً ثم لحق المدد أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان صيانة لها عن التناقض ونحن به نقول ان المدد لا يشاركونهم في الغنيمة في تلك الوقعة الا اذا شهدوها ولا كلام فيه وعلى هذا اذا دخل راجلا ثم اشترى فرساً أو استأجر أو استعار أو وهب له فله سهم الرجال عندنا لاعتبار وقت الدخول وعند الشافعي له سهم الفرسان لاعتبار وقت الشهود وقال الحسن رحمه الله في هذه الصورة اذا قاتل فارساً فله سهم فارس وعلى هذا اذا دخل فارسا ثم باع فرسه أو آجره أو وهبه أو أعاره فقاتل وهو راجل فله سهم راجل ذكره في السير الكبير وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان له سهم فارس وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع قبل شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المجاوزة فارسا على قصد القتال دليل الجهاد فارسا ولما باع فرسه تبين انه لم يقصد به الجهاد فارسا بل قصد به التجارة وكذا هذا في الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود الوقعة لان البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لان الغازي لا يبيع فرسه ذلك الوقت لقصد التجارة عادة بل لقصد ثبات القدم والتشمر للقتال بعامة ما في وسعه وامكانه والله تعالى أعلم.

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان كيفيته أما الاول فنقول لا خلاف في أن الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم انهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون وأخذوا ما في أيديهم لا يصير ملكا لهم وعليهم ردها الى أربابها بغير شيء وكذا لو قسموها في دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فاخذوها من أيديهم أخذها أصحابها بغير شيء لان قسمتهم لم تجز لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسمة الامام الغنائم في دار الحرب انها جائزة وان لم يثبت الملك فيها في دار الحرب لان قسمة الامام انما تجوز عندنا اذا اجتهد وأفضى رأيه الى الملك حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على أن القسمة هناك قضاء صدر من امام جائز القضاء ولم يوجد ههنا ولا خلاف في انهم أيضا اذا استولوا على رقاب المسلمين ومدبريهم وأمهات أولادهم ومكاتبيهم انهم لا يملكونهم وان أحرزوهم بالدار واختلف فيما اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب قال علماؤنا يملكونها حتى لو كان المستولى عليه عبدا فاعتقه الحربي أو باعه أو كاتبه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها جاز ذلك خاصة وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا على مال معصوم والاستيلاء على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلاء المسلم على مال المسلمين واستيلائهم على الرقاب وانما قلنا ذلك لان عصمة مال المسلم ثابتة في حقهم لانهم يخاطبون بالحرمات اذا بلغتهم الدعوة وان اختلفا في العبادات والاستيلاء يكون محظوراً والمحظور

لا يصلح سبباً للملك (ولنا) انهم استولوا على مال مباح غير مملوك ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على الحطب والحشيش والصيد ودلالة ان هذا الاستيلاء على مال مباح غير مملوك ان ملك المالك يزول بعد الاحراز بدار الحرب فتزول العصمة ضرورة بزوال الملك والدليل على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالمحل فى حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف فى المحل وقد زال ذلك بالاحراز بالدار لان المالك لا يمكنه الانتفاع به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح والقاء النفس فى التهلكة وغيره قد لا يوافقه ولو وافقه فقد لا يظفر به ولو ظفر به فقلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم وأهل الدار يذبون عن دارهم فاذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك يزول الملك ضرورة وكذلك لو استولوا على عبيدنا فهو على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للتمليك بالاستيلاء ولهذا يحتمل التملك بسائر أسباب الملك بخلاف الاحرار والمدبرين والمكاتبين وأمهات الاولاد وهذا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين وأحرزوهم بدار الحرب فاما اذا أبق عبد أو أمة ولحق بدار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهما انهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياساً على الدابة التى ندت من دار الاسلام الى دار الحرب فأخذها الكفار وسائر أموال المسلمين التى استولوا عليها والدليل على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا فى المسألة الاولى وزوال الملك لا يوجب زوال المالية ألا ترى أنه لا يوجب زوال الرق (وجه) قول أبى حنيفة ان الاستيلاء لم يصادف محله فلا يفيد الملك قياساً على الاستيلاء على الاحرار والمدبرين والمكاتبين وأمهات الاولاد ودلالة ان الاستيلاء لم يصادف محله ان محل الاستيلاء هو المال ولم يوجد لان المالية فى هذا المحل انما ثبتت ضرورة ثبوت الملك للغانمين لان الاصل فيه هو الحرية وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك كما ذكرنا فى المسألة المتقدمة فتزول المالية الثابتة ضرورة ثبوته فكان ينبغى ان يزول الرق أيضا الا انه بقى شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص بخلاف الدابة لان المالية فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والاموال كلها محل لثبوت الملك وبخلاف الآبق المتردد فى دار الاسلام لان الاستيلاء حقيقة صادفه وهو مال مملوك فكان ينبغى ان يثبت الملك للحال لوجود سببه الا أنه تأخر الى وقت الاحراز بالدار لمانع وهو ملك المالك فاذا أحرزوه بدارهم فقد زال المانع لزوال الملك فيعمل الاستيلاء السابق وعمله فى اثبات الملك والملك لا يثبت الا فى المال فبقيت المالية ضرورة المرء ههنا لا استيلاء حال كونه مالا أصلا وبعد ما وجد الاستيلاء لا مالية لزوال الملك فلم يصادف الاستيلاء محله فلا يفيد الملك والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلاء الكفار عليه ويثبت لهم عندنا على وجه له حق الاعادة اما بعوض أو بغير عوض حتى لو ظهر عليهم المسلمون فاخذوها وأحرزوها بدار الاسلام ثم ان وجده المالك القديم قبل القسمة أخذه بغير شئ سواء كان من ذوات القيم أو من ذوات الامثال وان وجده بعد القسمة فان كان من ذوات الامثال لا يأخذه لانه لو أخذه لاخذه بمثله فلا يفيد وان لم يكن من ذوات الامثال يأخذه بقيمته ان شاء لان الأخذ بالقيمة مراعاة الجانبين جانب الملك القديم بايصاله الى قديم ملكه الخاص المأخوذ منه بغير عوض وجانب الغانمين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الاخذ بالقيمة نظراً للجانبين ومراعاة الحقين بخلاف ما اذا وجده قبل القسمة انه يأخذه بغير شئ لان الثابت للغانمين قبل القسمة بعد الاحراز ليس الا الحق المتأكد أو الملك العام فكانت الاعادة الى قديم الملك رعاية للملك الخاص أولى وقد روى أن بعيراً لرجل من المسلمين استولى عليه أهل الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون فوجده صاحبه فى المغنم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحربى باع المأخوذ من المسلمين ثم ظهر عليه المسلمون فان المالك القديم يأخذه قبل القسمة بغير شئ وبعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الى قديم

الملك فبقي كذلك ولو كان المستولى عليه مدبراً أومكاتباً أوأم ولد ثم ظهر عليه المسلمون فاخرجوه الى دار الاسلام أخذه المالك القديم بغير شيء قبل القسمة و بعدها لانه حرمن وجه والحرمن وجه أومن كل وجه لا يحتمل التملك بالاستيلاء ولهذا لا يحتمله بسائر أسباب الملك فاذا حصلوا في أيدي الغانمين وجب ردهم الى المالك القديم ولو وهب الحربي ماملكه بالاستيلاء لرجل من المسلمين أخذه المالك القديم بالقيمة ان شاء لان فيه نظراً للجانبين على ما بينا وكذلك لو باعه من مسلم بعوض فاسد بان باع من مسلم عبد المسلم بخمر أوخنزير أخذه صاحبه بقيمة العبد لان تسمية الخمر والخنزير لم تصح فكان هذا بيعا فاسدا أوالبيع الفاسد مضمون بقيمة المبيع فصار كانه اشتراه بقيمته ولو لم يكن العوض فاسدا اخذه بالثمن الذى اشتراه به ان شاء ان كان اشتراه بخلاف جنسه لان الاخذ عند اختلاف الجنس مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن باقل منه فانه يأخذه بمثل ما اشتراه ولا يكون هذا ربا لان الربا فضل مال قصد استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك القديم لا يأخذه بطريق البيع بل بطريق الإعادة الى قديم ملكه فلا يتحقق الربا وان كان اشتراه بجنسه بمثله قدراً لا يأخذه لانه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو ثم باعه من رجل آخر ثم حضر المالك القديم أخذه من الثاني بالثمن الثاني وليس له ان ينقض البيع الثاني و يأخذه بالثمن الاول من المشتري الاول في ظاهر الرواية وروى عن محمد رحمه الله في النوادر ان المالك بالخيار ان شاء نقض البيع وأخذه بالثمن الاول وان شاء أخذه بالثمن الثاني (وجه) رواية النوادر أن أخذ المالك القديم تملك ببدل فاشبه حق الشفعة ثم حق الشفيع مقدم على حق المشتري فكذا حقه والجامع ان حق كل واحد منهما سابق على حق المشتري والسبق من أسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية أنه لا ملك للمالك القديم في المحل بوجه بل هو زائل من كل وجه وانما الثابت له حق الاعادة وانه ليس بمعنى في المحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة فان الشفيع يملك نقض المشفوع فيقتضي الاخذ بالشفعة تمليك البائع منه على ما عرف وعلى هذا الاصل اذا علم المالك القديم بشراء المأسور وترك الطلب زمانا لا يبطل حقه لان هذا الاخذ ليس في معنى الاخذ بالشفعة ليشترط له الطلب على سبيل المواثبة وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله يبطل كما يبطل حق الشفعة بترك الطلب على المواثبة وكذلك هذا الحق يورث في ظاهر الرواية حتى لو مات المالك القديم كان لورثته أن يأخذوه وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هذا الاخذ ليس ابتداء تملك بل هو اعادة الى قديم الملك بخلاف الأخذ بالشفعة وحق الاعادة الى قديم الملك مما يحتمل الارث كحق الرد بالعيب وليس لبعض الورثة أن يأخذوا ذلك دون البعض لانه حق ثبت للكل فلا ينفرد به البعض ولو اشترى المأسور رجل فادخله دار الاسلام ثم اشتراه العدو ثانياً فاشتراه رجل آخر فادخله دار الاسلام فالمشتري الاول أحق من المالك القديم وليس للمالك القديم أن ياخذه من المشتري الثاني لانه لما أسر من يد المشتري الاول نزل المشتري الاول منزلة المالك القديم فكان حق الاخذ له لكن اذا أخذه المشتري الاول فللمالك القديم أن ياخذه بالثمنين ان شاء أو يدع لانه لما أخذه المشتري الاول بالثمن فقد قام عليه بالثمنين فكأنه اشتراه بهذا القدر من المال ولم يوجد الاسر أصلا ولو أعتق الحربي العبد المأسور في دار الحرب أودبره أوكاتبه أوكانت أمة فاستولدها ثم ظهر المسلمون عليها فذلك كله جائز وعتقت هي وأولادها وكذا المدبر والمكاتب (أما) اذا أعتقه فلان يده زالت عنه وهو مسلم فحصل في يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحربي اذا خرج الينا مسلما والاستيلاد فرع النسب والنسب يثبت في دار الحرب وقهر الحربي كونه وان مات عتقت أم ولده كما اذا غاب عليه وعتق المدبر لهذا المعنى والمكاتب صار في يد نفسه لزوال يد المولى عنه وهو مسلم فيعتق ولانه اذا قهر المولى سقط عنه بدل الكتابة فعتق لزوال رقه ولو كان المأسور حراً فاشتراه مسلم وأخرجه الى دار الاسلام فلا شيء للمشتري على الحر لانه ما اشتراه حقيقة اذ الحر لا يحتمل التملك لكنه بذل مالا لاستخلاص الاسير بغير اذنه فكان متطوعاً فيه فلا يملك الرجوع عليه وان أمره الحر بذلك ففعله بامره رجع

عليه لانه لما أمره بذلك فكانه استقرض منه هذا القدر من المال فاقرضه اياه ثم أمره أن يدفعه الى فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض ولو أسلم أهل الحرب ومتاع المسلمين الذى أحرزوه فى أيديهم فهو لهم ولا حق للمالك القديم فيه لانه مال أسلموا عليه ومن أسلم على مال فهو له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذى ذكرنا حكم استيلاء الكافر فاما حكم الشراء فنقول الحربى اذا خرج الينا فاشترى عبداً مسلماً ثبت الملك له فيه عندنا لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج الينا بعبده فاسلم فى يده يجبر على البيع وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز شراء الكافر العبد المسلم وهى مسئلة كتاب البيوع فان لم يبعه حتى دخل دار الحرب به عتق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يعتق وجه قولهما أن لا احراز الكافر ماله بدار الحرب أثراً فى زوال العصمة لا فى زوال الملك فان مال الكافر مملوك لكنه غير معصوم وجه قول أبى حنيفة رحمه الله ان الثابت للحربى بالشراء ملك مجبور على ازالته فلولم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعاً بهذه الصفة لتعذر الجبر بالاحراز بوجه فيؤدى الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم طريق الزوال هو الاحراز بالدار وان كان هو فى الاصل شرط زوال الملك والعصمة فى استيلاء الكفار لتعذر تحصيل العلة فاقيم الشرط مقامه على الاصل المعهود من اقامة الشرط مقام العلة عند تعذر تعليق الحكم بالعلة ولو اشترى عبداً ذمياً فهو على هذا الاختلاف أيضاً لان الحربى مجبور على بيع الذمى أيضاً ولا يترك ليدخل دار الحرب ولو أسلم عبد لحربى فى دار الحرب لا يعتق وهو عبد على حاله بالاجماع لان الملك وان كان واجب الازالة لكن لا طريق للزوال ههنا فبقى على حاله ولو خرج هذا العبد الينا فان خرج مراغماً لمولاه ولحق بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه مراغماً اياه فصار مستولياً على نفسه مستغنياً اياها فيزول ملك المالك عنه وقد روى انه عليه الصلاة والسلام قال فى أباق الطائف هؤلاء عتقاء الله سبحانه وتعالى ولو خرج غير مراغم فان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد لمولاه لكن يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه أما كونه عبد المولاه فلأنه لم يخرج قاهراً مستولياً ولانه ملك مستحق الزوال بالاسلام وأما وقف ثمنه لمولاه فلانه باعه على ملكه وكذا لو لم يخرج مراغماً ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق أيضاً لانه لما أسلم فقد بقى عليه ملك مستحق الزوال محتاج الى طريق الزوال وقد وجد وهو احراز نفسه بمنعة المسلمين وانه اسبق من احراز المسلمين اياه بدار الاسلام لتملكوه فكان أولى ولو لم يخرج ولم يظهر على الدار ولكن باعه الحربى من مسلم أو حربى عتق عند أبى حنيفة قبل المشترى البيع أو لم يقبل وعندهما لا يعتق وجه قولهما انه كما زال ملك البائع عنه فقد ثبت ملك المشترى فيه فلا يعتق وجه قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ماذكرنا ان هذا ملك مستحق الزوال موقوف زواله على سبب الزوال أو شرط الزوال على ما بينا فاذا عرضه على البيع والبيع سبب لزوال الملك فقد رضى بزواله الى غيره فكان بزواله اليه أرضى لانه استحق الزوال وغيره ما استحقه والرضا بالزوال شرط الزوال ولو أسلم حربى فى دار الحرب وله رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم تبعه عبده بعد ذلك كافراً كان أو مسلماً فهو عبد لمولاه لان خروجه الى مولاه كخروجه مع مولاه ولو كان خرج مع مولاه لكان عبد المولاه كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان الاحكام التى تختلف باختلاف الدارين فنقول لا بد أولا من معرفة معنى الدارين دار الاسلام ودار الكفر لتعرف الاحكام التى تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة مابه تصير الدار دار اسلام أو دار كفر فنقول لا خلاف بين أصحابنا فى ان دار الكفر تصير دار اسلام بظهور أحكام الاسلام فيها واختلفوا فى دار الاسلام انها بماذا تصير دار الكفر قال أبو حنيفة انها لا تصير دار الكفر الا بثلاث شرائط أحدها ظهور أحكام الكفر فيها والثانى ان تكون متاخمة لدار الكفر والثالث ان لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمناً بالامان الاول وهو أمان المسلمين وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها (وجه) قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة دار الى الاسلام والى الكفر وانما تضاف الدار الى الاسلام أو الى الكفر

لظهور

لظهور الاسلام أو الكفر فيها كما تسمى الجنة دار السلام والنار دار البوار لوجود السلامة في الجنة والبوار في النار وظهور الاسلام والكفر بظهور أحكامهما فاذا ظهر أحكام الكفر في دار فقد صارت دار كفر فصحت الاضافة ولهذا صارت الدار دار الاسلام بظهور أحكام الاسلام فيها من غير شريطة أخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام والكفر ليس هو عين الاسلام والكفر وانما المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها على الاطلاق والخوف للكفرة على الاطلاق فهي دار الاسلام وان كان الامان فيها للكفرة على الاطلاق والخوف للمسلمين على الاطلاق فهي دار الكفر والاحكام مبنية على الامان والخوف لا على الاسلام والكفر فكان اعتبار الامان والخوف أولى فما لم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستئمان بقي الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق لا يزول الا بالمتاخمة لدار الحرب فتوقف صيرورتها دار الحرب على وجودهما مع ما ان اضافة الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا وهو ثبوت الامن فيها على الاطلاق للمسلمين وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستئمان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير دار الكفر بما قلتم وان كانت الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير ما به دار الاسلام بيقين دار الكفر بالشك والاحتمال على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتمال بخلاف دار الكفر حيث تصير دار الاسلام لظهور أحكام الاسلام فيها لان هناك الترجيح لجانب الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلى فزال الشك على ان الاضافة ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر أحكام الكفر الا عند وجود هذين الشرطين أعني المتاخمة وزوال الامان الاول لانها لا تظهر الا بالمنعة ولا منعة الا بهما والله سبحانه وتعالى أعلم وقياس هذا الاختلاف في أرض لاهل الاسلام ظهر عليها المشركون وأظهروا فيها أحكام الكفر أو كان أهلها أهل ذمة فنقضوا الذمة وأظهروا أحكام الشرك هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت دار الحرب فحكمها اذا ظهرنا عليها وحكم سائر دور الحرب سواء وقد ذكرناه ولو فتحها الامام ثم جاء أربابها فان كان قبل القسمة أخذوا بغير شيء وان كان بعد القسمة أخذوا بالقيمة ان شاؤا لما ذكرنا من قبل وعاد المأخوذ على حكمه الاول الخراجي عاد خراجيا والعشري عاد عشريا لان هذا ليس استحداث الملك بل هو عود قديم الملك اليه فيعود بوظيفته الا اذا كان الامام وضع عليها الخراج قبل ذلك فلا يعود عشريا لان تصرف الامام صدر عن ولاية شرعية فلا يحتمل النقض والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فانواع منها ان المسلم اذا زنا في دار الحرب أو سرق أو شرب الخمر أو قذف مسلما لا يؤخذ بشيء من ذلك لان الامام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية ولو فعل شيأ من ذلك ثم رجع الى دار الاسلام لا يقام عليه الحد أيضا لان الفعل لم يقع موجبا أصلا ولو فعل في دار الاسلام ثم هرب الى دار الحرب يؤخذ به لان الفعل وقع موجبا للاقامة فلا يسقط بالهرب الى دار الحرب وكذلك اذا قتل مسلما لا يؤخذ بالقصاص وان كان عمدا لتعذر الاستيفاء الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة ولان كونه في دار الحرب أورث شبهة في الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية خطأ كان أو عمدا وتكون في ماله لا على العاقلة لان الدية تجب على القاتل ابتداء أولان القتل وجد منه ولهذا وجب القصاص والكفارة على القاتل لا على غيره فكذا الدية تجب عليه ابتداء وهو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون لما يصل اليه بحياته من المنافع من النصرة والعز والشرف بكثرة العشائر والبر والاحسان لهم ونحو ذلك وهذه المعاني لا تحصل عند اختلاف الدارين فلا تتحمل عنه العاقلة وكذلك لو كان أميرا على سرية أو أمير جيش وزنا رجل منهم أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلما خطأ أو عمدا لم يأخذه الامير بشيء من ذلك لان الامام ما فوض اليه اقامة

الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر على اقامتها فى دار الحرب الا أنه يضمنه السرقة ان كان استهلكها و يضمنه الدية فى باب القتل لانه يقدر على استيفاء ضمان المال ولو غزا الخليفة أو أمير الشام ففعل رجل من العسكر شيأ من ذلك أقام عليه الحد واقتص منه فى العمد وضمنه الدية فى ماله فى الخطأ لان اقامة الحدود الى الامام وتمكنه الاقامة بماله من القوة والشوكة باجتماع الجيوش وانقيادها له فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذ رجل من العسكر ففعل شيأ من ذلك درئ عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام على المعسكر وعلى هذا يخرج الحربى اذا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمداً أو خطأً لانه لا قصاص عليه عندنا على ماذكرنا وهذا مبنى على ان التقوم عندنا يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعى رحمه الله التقوم يثبت بالاسلام وعلى هذا اذا أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يعرف ان عليه صلاة ولا صياما ثم خرج الى دار الاسلام فليس عليه قضاء مامضى وقال أبو يوسف أستحسن ان يجب عليه القضاء (وجه) قوله ان الصلاة قد وجبت عليه لوجود سبب الوجوب وهو الوقت وشرطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا فاتت عن وقتها تقضى كالذمى اذا أسلم فى دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتى مضى عليه أوقات صلوات ثم علم (وجه) قول أبى حنيفة ان وجوب الشرائع يعتمد البلوغ وهو العلم بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان اختلفا فى وجوب الايمان الا ان حقيقة العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف وقد وجد ذلك فى دار الاسلام لانها دار العلم بالشرائع ولم يوجد فى دار الحرب لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها على الشرع بل تجب بمجرد العقل عندنا فان أبا يوسف روى عن أبى حنيفة رحمه الله هذه العبارة فقال كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول لا عذر لاحد من الخلق فى جهله معرفة خالقه لان الواجب على جميع الخلق معرفة الرب سبحانه وتعالى وتوحيده لما يرى من خلق السموات والارض وخلق نفسه وسائر ماخلق الله سبحانه وتعالى فاما الفرائض فمن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم تقم عليه حجة حكمية بلفظه وعلى هذا اذا دخل مسلم أو ذمى دار الحرب بامان فعاقد حربيا عقد الربا أو غيره من العقود الفاسدة فى حكم الاسلام جاز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذلك لو كان أسيراً فى أيديهم أو أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فعاقد حربياً وقال أبو يوسف لا يجوز للمسلم فى دار الحرب الا مايجوز له فى دار الاسلام (وجه) قوله ان حرمة الربا ثابتة فى حق العاقدين أما فى حق المسلم فظاهر وأما فى حق الحربى فلان الكفار مخاطبون بالحرمات وقال تعالى جل شانه وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمى والحربى الذى دخل دارنا بامان (وجه) قولهما ان أخذ الربا فى معنى اتلاف المال واتلاف مال الحربى مباح وهذا لانه لا عصمة لمال الحربى فكان المسلم بسبيل من أخذه الا بطريق الغدر والخيانة فاذا رضى به انعدم معنى الغدر بخلاف الذمى والحربى المستأمن لان أموالهما معصومة على الاتلاف ولو عاقد هذا المسلم الذى دخل بامان مسلماً أسلم هناك ولم يهاجر الينا جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كانا أسيرين أو دخلا بامان للتجارة فتعاقدا عقد الربا أو غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق (وجه) قولهما ان أخذ الربا من المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم عليه ان تطيب نفسه بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من زاد واستزاد فقد أربى والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء فاشبه تعاقد الاسيرين والتاجرين (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان أخذ الربا فى معنى اتلاف المال ومال الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا غير مضمون بالاتلاف بدل عليه ان نفسه غير مضمونة بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس بخلاف التاجرين والاسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فادانه حربى أو ادان حربيا ثم خرج المسلم وخرج الحربى مستأمناً فان القاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيأ لا يقضى بالغصب لان المداينة فى دار الحرب وقعت هدراً

لانعدام ولا يتناعليهم وانعدام ولا يتهم أيضاً في حقنا وكذا غصب كل واحد منهما صادف مالا غير مضمون فلم ينعقد سبباً لوجوب الضمان وكذلك لو كانا حربيين داين أحدهما صاحبه ثم خرجا مستأمنين ولو خرجا مسلمين لقضى بالدين لثبوت الولاية ولا يقضى بالغصب لما بينا الا ان المسلم لو كان هو الغاصب يفتى بان يرد عليهم ولا يقضى عليه لانه صار غادراً بهم ناقضاً عهدهم فتلزمه التوبة ولا تتحقق التوبة الا برد المغصوب برده وعلى هذا مسلمان دخلا دار الحرب بامان بان كانا تاجرين مثلا فقتل أحدهما صاحبه عمدا لا قصاص على القاتل لما بينا وان كان خطأ فعليه الدية في ماله والكفارة لانهما من أهل دار الاسلام وانما دخلا دار الحرب لعارض أمر الا انه يجب القصاص للشبهة أو لتعذر الاستيفاء على ما بينا ولو كانا أسيرين أو كان المقتول أسيراً مسلماً فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما عليه الكفارة والدية (وجه) قولهما ان الاسيرين من أهل دار الاسلام كالمستأمنين وانما الاسر أمر عارض ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاسير مقهور في يد أهل الحرب فصار تابعاً لهم فبطل تقومه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الحربي اذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله ينفذ وقيل لا خلاف في العتق أنه ينفذ انما الخلاف في الولاء انه هل يثبت منه عندهما لا يثبت وعنده يثبت (وجه) قوله ان ركن الاعتاق صدر من أهل الاعتاق في محل مملوك للمعتق فيصح كما لو أعتق في دار الاسلام (وجه) قولهما ان الاعتاق في دار الحرب لا يفيد زوال الملك لان الملك في دار الحرب بالقهر والغلبة حقيقة فكل مقهور مملوك وكل قاهر مالك هذا ديانتهم فانهم لا يعرفون سوى القدرة الحقيقية حتى ان العبد منهم اذا قهر مولاه يصير هو مالكا ومولاه مملوكا وهذا لا يفيده الاعتاق في دار الحرب فلا يوجب زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا لابي حنيفة رضي الله عنه معتق بلسانه مسترق بيده وكذلك لو اشترى قريباً لا يعتق عليه لانه لا يعتق بصريح الاعتاق فكيف يعتق بالشراء وكذلك لو دبره أو كاتبه في دار الحرب حتى لو دخل دار الاسلام ومعه مدبر أو مكاتب دبره أو كاتبه في دار الحرب جاز بيعه لان التدبير اعتاق مضاف الى ما بعد الموت والكتابة تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة ثم لم ينفذ اعتاقه المنجز فكذا المعلق والمضاف ولو استولد أمته في دار الحرب صح استيلاده إياها حتى لو خرج الينا بها الى دار الاسلام لا يجوز بيعها لان الاستيلاد اكتساب ثبات النسب للولد والحربي من أهل ذلك ألا ترى ان أنساب أهل الحرب ثابتة واذا ثبت النسب صارت أم ولد له فخرجت عن محلية البيع لكونها حرة من وجه قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولو دخل الحربي الينا بامان ففعل شيأ من ذلك نفذ كله لانه لما دخل بامان فقد لزمه أحكام الاسلام ما دام في دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن لا يملك المعتق أن يسترق بيده ما أعتقه بلسانه ولو دبر عبده في دار الاسلام ثم رجع الى دار الحرب وخلف المدبر أو خلف أم ولده التي استولدها في دار الاسلام أو في دار الحرب ثم مات على كفره أو قتل أو أسر يحكم بعتقهما أما اذا مات أو قتل فظاهر لان أم الولد والمدبر يعتقان بموت سيدهما والمقتول ميت باجله وان رغم أنف المعتزلة (وأما) اذا أسر فلانه صار مملوكا فلم يبق مالكا ضرورة وأما مكاتبه الذي كاتبه في دار الاسلام ودخل هو الى دار الحرب فهو مكاتب على حاله وبدل الكتابة عليه لورثته اذا مات وكذلك الرهون والودائع والديون التي له على الناس وما كان للناس عليه فهي كلها على حالها اذا مات لانه دخل دار الاسلام بامان ومعه هذه الاموال فكان حكم الامان فيها باقياً وكذلك لو ظهر على الدار فظهر الحربي أو قتل ولم يظهر على الدار فملكه على حاله يعود فيأخذ أو يجيء ورثته فيأخذونه له اما اذا هرب ولم يقتل ولم يؤسر فظاهر واما اذا قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثا لورثته فيجيؤن فيأخذونه والمكاتب على حاله يؤدي الى ورثته فيعتق فاما اذا ظهر وأسر او أسر ولم يظهر أو ظهر وقتل يعتق مكاتبه اما اذا ظهر وأسر أو أسر ولم يظهر فظاهر لانه ملك بالاسر وكذا اذا ظهر وقتل لان القتل بعد الظهور قتل بعد الاسر ويبطل ما كان له من الدين لما ذكرنا انه بالاسر صار مملوكا فلم يبق مالكا

فسقطت ديونه ضرورة ولا يصير مالكا للأسر لان الدين فى الذمة وما فى الذمة لا يعمل عليه الاسر وكذلك ما عليه من الديون يسقط أيضاً لانه لو بقى لتعلق برقبته فلا يخلص السبى للسابى وأما ودائعه فهى فى جماعة المسلمين وروى عن أبى يوسف رحمه الله انها تكون فيئا للمودع (ووجهه) ان يده عن يد الغانمين أسبق والمباح مباح لمن سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه ظاهر الرواية ان يد المودع يده تقديرا فكان الاستيلاء عليه بالاسر استيلاء على ما فى يده تقديرا ولا يختص به الغانمون لانه مال لم يؤخذ على سبيل القهر والغلبة حقيقة فكان فيئا حقيقة لا غنيمة فيوضع موضع الفئ وأما الرهن فعند أبى يوسف يكون للمرتهن بدينه والزيادة له وعند محمد رحمه الله يباع فيستوفى قدر دينه والزيادة فى جماعة المسلمين والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحكام المرتدين فالكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن الردة وفى بيان شرائط صحة الركن وفى بيان حكم الردة اما ركنها فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع عن الايمان يسمى ردة فى عرف الشرع واما شرائط صحتها فانواع منها العقل فلا تصح ردة المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط الاهلية خصوصاً فى الاعتقادات ولو كان الرجل ممن يجن ويفيق فان ارتد فى حال جنونه لم يصح وان ارتد فى حال افاقته صحت لوجود دليل الرجوع فى احدى الحالتين دون الاخرى وكذلك السكران الذاهب العقل لا تصح ردته استحسانا والقياس ان تصح فى حق الاحكام (وجه) القياس ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما فى القلب اذ هو أمر باطن لا يوقف عليه (وجه) الاستحسان ان أحكام الكفر مبنية على الكفر كما ان أحكام الايمان مبنية على الايمان والايمان والكفر يرجعان الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار السكران الذاهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره وأما البلوغ فهل هو شرط اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما ليس بشرط فتصح ردة الصبى العاقل وقال أبو يوسف رحمه الله شرط حتى لا تصح ردته (وجه) قوله ان عقل الصبى فى التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وتبرعاته والردة مضرة محضة فاما الايمان فيقع محض لذلك صح ايمانه ولم تصح ردته (وجه) قولهما انه صح ايمانه فتصح ردته وهذا لان صحة الايمان والردة مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال الحقيقية وهما أفعال خارجة القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح والاقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجد ههنا الا انه مع وجوده مامنه حقيقة لا يقتل ولكن يحبس لما نذكر ان شاء الله تعالى والقتل ليس من لوازم الردة عندنا فان المرتدة لا تقتل بلا خلاف بين أصحابنا والردة موجودة واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة المرأة عندنا لكنها لا تقتل بل تجبر على الاسلام وعند الشافعى رحمه الله تقتل وستأتى المسألة فى موضعها ان شاء الله تعالى ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره على الردة استحسانا اذا كان قلبه مطمئناً بالايمان والقياس ان تصح فى أحكام الدنيا وسنذكر وجه القياس والاستحسان فى كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وأما حكم الردة فنقول وبالله تعالى التوفيق ان للردة أحكاما كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده أما الذى يرجع الى نفسه فانواع منها اباحة دمه اذا كان رجلا حراً كان أو عبدا لسقوط عصمته بالردة قال النبى صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمعت الصحابة رضى الله عنهم على قتلهم ومنها انه يستحب أن يستتاب ويعرض عليه الاسلام لاحتمال ان يسلم لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغته فان أسلم فرحباً واهلا بالاسلام وان أبى نظر الامام فى ذلك فان طمع فى توبته أو سأل هو التأجيل أجله ثلاثة أيام وان لم يطمع فى توبته ولم يسأل هو التأجيل قتله من ساعته والاصل فيه ماروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل عندكم من مغربة خبر قال نعم رجل كفر بالله تعالى بعد اسلامه فقال سيدنا عمر رضى الله عنه ماذا

فعلتم

فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هلا طينتم عليه بيتا ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويرجع الى الله سبحانه وتعالى اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى وهكذا روى عن سيدنا على كرم الله وجهه انه قال يستتاب المرتد ثلاثا وتلى هذه الآية ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ولان من الجائز انه عرضت له شبهة حملته على الردة فيؤجل ثلاثا لعلها تنكشف فى هذه المدة فكانت الاستتابة ثلاثا وسيلة الى الاسلام عسى فندب اليها فان قتله انسان قبل الاستتابة يكره له ذلك ولا شئ عليه لزوال عصمته بالردة وتوبته ان يأتى بالشهادتين ويبرأ عن الدين الذى انتقل اليه فان تاب ثم ارتد ثانيا فحكمه فى المرة الثانية كحكمه فى المرة الاولى انه ان تاب فى المرة الثانية قبلت توبته وكذا فى المرة الثالثة والرابعة لوجود الايمان ظاهرا فى كل كرة لوجود ركنه وهو اقرار العاقل وقال الله تبارك وتعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا فقد أثبت سبحانه وتعالى الايمان بعد وجود الردة منه والايمان بعد وجود الردة لا يحتمل الرد الا انه اذا تاب فى المرة الرابعة يضربه الامام ويخلى سبيله وروى عن أبى حنيفة رضي الله عنه انه اذا تاب فى المرة الثالثة حبسه الامام ولم يخرجه من السجن حتى يرى عليه أثر خشوع التوبة والاخلاص وأما المرأة فلا يباح دمها اذا ارتدت ولا تقتل عندنا ولكنها تجبر على الاسلام واجبارها على الاسلام ان تحبس وتخرج فى كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا حبست ثانيا هكذا الى أن تسلم أو تموت وذكر الكرخى رحمه الله وزاد عليه تضرب أسواطا فى كل مرة تعزيرا لها على ما فعلت وعند الشافعى رحمه الله تقتل لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولان علة إباحة الدم هو الكفر بعد الايمان ولهذا اقتل الرجل وقد وجد منها ذلك بخلاف الحربية وهذا لان الكفر بعد الايمان أغلظ من الكفر الاصلى لان هذا رجوع بعد القبول والوقوف على محاسن الاسلام وحججه وذلك امتناع من القبول بعد التمكن من الوقوف دون حقيقة الوقوف فلا يستقيم الاستدلال (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقتلوا امرأة ولا وليدا ولان القتل انما شرع وسيلة الى الاسلام بالدعوة اليه باعلى الطريقين عند وقوع اليأس عن اجابتها بادناهما وهو دعوة اللسان بالاستتابة باظهار محاسن الاسلام والنساء اتباع الرجال فى اجابة هذه الدعوة فى العادة فانهن فى العادات الجارية يسلمن باسلام أزواجهن على ما روى ان رجلا أسلم وكانت تحته خمس نسوة فاسلمن معه واذا كان كذلك فلا يقع شرع القتل فى حقها وسيلة الى الاسلام فلا يفيد ولهذا لم تقتل الحربية بخلاف الرجل فان الرجل لا يتبع رأى غيره خصوصا فى أمر الدين بل يتبع رأى نفسه فكان رجاء الاسلام منه ثابتا فكان شرع القتل مفيدا فهو الفرق والحديث محمول على الذكور عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك الامة اذا ارتدت لا تقتل عندنا وتجبر على الاسلام ولكن يجبرها مولاها ان احتاج الى خدمتها ويحبسها فى بيته لان ملك المولى فيها بعد الردة قائم وهى مجبورة على الاسلام شرعا فكان الرفع الى المولى رعاية للحقين ولا يطؤها لان المرتدة لا تحل لاحد وكذلك الصبى العاقل لا يقتل وان صحت ردته عند أبى حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لان قتل البالغ بعد الاستتابة والدعوة الى الاسلام باللسان واظهار حججه وايضاح دلائله لظهور العناد ووقوع اليأس عن فلاحه وهذا لا يتحقق من الصبى فكان الاسلام منه مرجوا والرجوع الى الدين الحق منه مأمولا فلا يقتل ولكن يجبر على الاسلام بالحبس لان الحبس يكفيه وسيلة الى الاسلام وعلى هذا صبى أبواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعا لابويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه اقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه اذ هى اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ أصلا لانعدام دليله وهو الاقرار حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل لوجود الردة منه بوجود دليلها وهو الاقرار فلم يكن الموجود منه ردة حقيقة فلا يقتل ولكنه يحبس لانه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ ألا ترى انه حكم باسلامه بطريق التبعية والحكم فى اكسابه كالحكم فى اكساب المرتد لانه مرتد حكما وسنذكر الكلام فى اكساب المرتد فى موضعه ان شاء الله تعالى ومنها حرمة الاسترقاق

فان المرتد لا يسترق وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام أو السيف لقوله سبحانه وتعالى تقاتلونهم أو يسلمون وكذا الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا عليه في زمن سيدنا أبي بكر رضي الله عنه ولان استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على ما مر من قبل ولهذا لم يجز ابقاؤه على الحرية بخلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب انها تسترق لانه لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقاء الكافر على الكفر الا مع الجزية أو مع الرق ولا جزية على النسوان فكان ابقاؤها على الكفر مع الرق أنفع للمسلمين من ابقائها من غير شئ وكذا الصحابة رضي الله عنهم استرقوا نساء من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان أم محمد ابن الحنفية وهي خولة بنت اياس كانت من سبي بني حنيفة ومنها حرمة أخذ الجزية فلا تؤخذ الجزية من المرتد لما ذكرنا ومنها ان العاقلة لا تعقل جنايته لما ذكرنا من قبل ان موجب الجناية على الجاني وانما العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد أحد الزوجين ثم ان كانت الردة من المرأة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل ففيه خلاف مذكور في كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام ولو ارتد الزوجان معا أو أسلما معا فهما على نكاحهما عندنا وعند زفر رحمه الله فسد النكاح ولو أسلم أحدهما قبل الآخر فسد النكاح بالاجماع وهي من مسائل كتاب النكاح ومنها انه لا يجوز انكاحه لانه لا ولاية له ومنها حرمة ذبيحته لانه لا ملة له لما ذكرنا ومنها انه لا يرث من أحد لانعدام الملة والولاية ومنها انه تحبط أعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعي رحمه الله بشريطة الموت عليها وهي مسألة كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شئ من العبادات عندنا لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب عليه وهي من مسائل أصول الفقه وأما الذي يرجع الى ماله فثلاثة أنواع حكم الملك وحكم الميراث وحكم الدين أما الاول فنقول لا خلاف في أنه اذا أسلم تكون أمواله على حكم ملكه ولا خلاف أيضا في أنه اذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب تزول أمواله عن ملكه واختلف في أنه تزول بهذه الاسباب مقصورا على الحال أم بالردة من حين وجودها على التوقف فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ملك المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول بالموت أو القتل أو باللحاق بدار الحرب وعند أبي حنيفة رضي الله عنه الملك في أمواله موقوف على ما يظهر من حاله وعلى هذا الاصل بني حكم تصرفات المرتد انها جائزة عندهما كما تجوز من المسلم حتى لو أعتق أو دبر أو كاتب أو باع أو اشترى أو وهب نفذ ذلك كله وعنده تصرفاته موقوفة لوقوف أملاكه فان أسلم جاز كله وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل كله (وجه) قولهما ان الملك كان ثابتا له حالة الاسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهي الحرية والردة لا تؤثر في شئ من ذلك ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية الجواز فقال أبو يوسف رحمه الله جوازها جواز تصرف الصحيح وقال محمد رحمه الله جواز تصرفات المريض مرض الموت (وجه) قول محمد رحمه الله ان المرتد على شرف التلف لانه يقتل فاشبه المريض مرض الموت وجه قول أبي يوسف ان اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيخلص عن القتل والمريض لا يمكنه دفع المرض عن نفسه فاني يتشابهان (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله انه وجد سبب زوال الملك وهو الردة لانها سبب لوجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافا الى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه اللحاق بدار الحرب باموال لانه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته فكان ينبغي ان يحكم بزوال ملكه للحال الا انا توقفنا فيه لاحتمال العود الى الاسلام لانه اذا عاد ترتفع الردة من الاصل ويجعل كان لم يكن فكان التوقف في الزوال للحال لاشتباه العاقبة فان أسلم تبين ان الردة لم تكن سببا لزوال الملك لارتفاعها من الاصل فتبين ان تصرفه صادف محله فيصح وان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب تبين انها وقعت سببا للزوال من حين وجودها فتبين ان الملك كان زائلا من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف عن سببه فلم يصادف التصرف محله فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفا فكانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة ضرورة وأجمعوا على انه يصح استيلاده حتى انه لو استولد امته فادعى ولدها انه يثبت

النسب وتصيير الجارية أم ولد له أما عندهما فلان المحل مملوك له ملكا تاماً (وأما) عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن الملك الموقوف لا يكون أدنى حالا من حق الملك ثم حق الملك يكفي لصحة الاستيلاد فهذا أولى وأجمعوا على انه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لان الردة لا تؤثر في ملك النكاح والثابت للشفيع حق لا يحتمل الارث ومعاوضته موقوفة بالاجماع لانها مبنية على المساواة (وأما) المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها بلا خلاف فتجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم تكن ردتها سبباً لزوال ملكها عن أموالها بلا خلاف فتجوز تصرفاتها واذا عرف حكم ملك المرتد وحال تصرفاته المبنية عليه فحال المرتد لا يخلو من ان يسلم أو يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب فان أسلم فقد عاد على حكم ملكه القديم لان الردة ارتفعت من الاصل حكما وجعلت كأن لم تكن أصلا وان مات أو قتل صار ماله لورثته وعتق أمهات أولاده ومدبروه ومكاتبوه اذا أدى الى ورثته وتحل الديون التي عليه وتقضى عنه لان هذه أحكام الموت وكذلك اذا لحق بدار الحرب مرتداً أو قضى القاضي بلحاقه لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الاسلام لان زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلا عن حاجته لانتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى في اللحاق لان المال الذي في دار الاسلام خرج من ان يكون منتفعاً به في حقه لعجزه عن الانتفاع به فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحاق بمنزلة الموت في كونه مزيلا للملك فاذا قضى القاضي باللحاق يحكم بعتق أمهات أولاده ومدبريه ويقسم ماله بين ورثته وتحل ديونه المؤجلة لان هذه أحكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى وأما المكاتب فيؤدي الى ورثته فيعتق واذا أعتق فولاؤه للمرتد لانه المعتق ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام مسلماً فهذا لا يخلو من أحد وجهين أحدهما ان يعود قبل قضاء القاضي بلحاقه بدار الحرب والثاني ان يعود بعد ذلك فان عاد قبل ان يقضي القاضي بلحاقه عاد على حكم أملاكه في المدبرين وأمهات الاولاد وغير ذلك لما ذكرنا ان هذه الاحكام متعلقة بالموت واللحوق بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكنه يلحق بالموت اذا اتصل به قضاء القاضي باللحاق فاذا لم يتصل به لم يلحق فاذا عاد يعود على حكم ملكه وان عاد بعد ما قضى القاضي باللحاق فما وجد من ماله في يد ورثته بحاله فهو أحق به لان ولده جعل خلفاً له في ماله فكان تصرفه في ماله بطريق الخلافة له كأنه وكيله فله ان يأخذ ما وجده قائماً على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع أو بالعتق فلا رجوع فيه لان تصرف الخلف كتصرف الاصل بمنزلة تصرف الوكيل وأما ما أعتق الحاكم من أمهات أولاده ومدبريه فلا سبيل عليهم لان الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ وكذا المكاتب اذا كان أدى المال الى الورثة لا سبيل عليه أيضاً لان المكاتب عتق بأداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ وما أدى الى الورثة ان كان قائماً أخذه وان زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر أمواله لما بينا وان كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة وان عجز عاد رقيقاً له ولو رجع كافراً الى دار الاسلام وأخذ طائفة من ماله وأدخلها الى دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فان رجع بعد ما قضى بلحاقه فالورثة أحق به وان وجدته قبل القسمة أخذته مجاناً بلا عوض وان وجدته بعد القسمة أخذته بالقيمة في ذوات القيم لانه اذا لحق وقضى بلحاقه فقد زال ملكه الى الورثة فهذا مال مسلم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجده المالك القديم فالحكم فيه ما ذكرنا وان رجع قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان في رواية هذا ورجوعه بعد الحكم باللحاق سواء وفي رواية انه يكون فيأ لا حق للورثة فيه أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى المرتد جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد الينا تائباً فما كان من حقوق العباد كالقتل والغصب والقذف يؤخذ به وما كان من حقوق الله تبارك وتعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر يسقط عنه لان اللحاق يلتحق بالموت فيورث شبهة في سقوط ما يسقط بالشبهات ولو فعل شيأ من ذلك بعد اللحاق بدار الحرب ثم مات لم يؤخذ بشيء منه لان فعله لم ينعقد موجباً لصيرورته في حكم أهل الحرب هذا الذي ذكرنا حكم ماله الذي خلفه في دار الاسلام وأما الذي لحق به في دار

الحرب فهوملكه حتى لوظهر المسلمون عليه يكون فيأ لان ملك الورثة لم يثبت فى المال المحمول الى دار الحرب فبقى على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان محل التملك بالاستيلاء لسائر أموال أهل الحرب وأما حكم الميراث فنقول لاخلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى ان المال الذى اكتسبه فى حالة الاسلام يكون ميراثا لورثته المسلمين اذامات أوقتل أولحق وقضى باللحاق وقال الشافعى رحمه الله هوفىء واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لايرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفى ان يرث المسلم الكافر ووارثه مسلم فيجب أن لايرثه (ولنا) ماروى ان سيدنا عليا رضى الله عنه قتل المستورد العجلى بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكرمنكر عليه فيكون اجماعا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولان الردة فى كونها سببا لزوال الملك كالموت على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه على ماقررناه فاذا ارتد فهذا مسلم مات فيرثه المسلم فكان هذا ارث المسلم من المسلم لامن الكافر فقد قلنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى وأما على أصلهما فالردة ان كانت لاتوجب زوال الملك بمكن احتمال العود الى الاسلام ألاترى انه يجبر على الاسلام فيبقى على حكم الاسلام فى حق حكم الارث وذلك جائز ألاترى انه بقى على حكم الاسلام فى حق المنع من التصرف فى الخمر والخنزير فجاز ان يبقى عليه فى حق حكم الارث أيضا فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملا بالحديث أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم واختلفوا فى المال الذى اكتسبه فى حال الردة قال أبو حنيفة رضى الله عنه هوفىء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هوميراث (وجه) قولهما ان كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من أهل الملك فى محل قابل ولا شك ان المرتد أهل الملك لان أهلية الملك بالحرية والردة لاتنافيها بل تنافى ماينافيها وهو الرق اذ المرتد لايحتمل الاسترقاق واذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال الى ورثته بالموت أوماهو فى معنى الموت على مابينا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ماذكرنا ان الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على مابينا ولا وجود للشئ مع وجود سبب زواله فكان الكسب فى الردة مالا مالك له فلا يحتمل الارث فيوضع فى بيت مال المسلمين كاللقطة ثم اختلفوا فيما يورث من مال المرتد انه يعتبر حال الوارث وهى أهلية الوراثة وقت الردة أم وقت الموت أم من وقت الردة الى وقت الموت فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعتبر أهلية الوراثة وقت الموت لان ملك المرتد انما يزول عندهما بالموت فتعتبر الاهلية فى ذلك الوقت لاغير وعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان فى رواية يعتبر وقت الردة لاغير حتى لوكان أهلا وقت الردة ورث وان زالت أهليته بعد ذلك وفى رواية يعتبر دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت (وجه) هذه الرواية ان الارث يثبت بطريق الاستناد لابطريق الظهور لان الموت أمر لابد منه للارث والقول بالارث بطريق الظهور ايجاب الارث قبل الموت ولا سبيل اليه فاذا وجد الموت يثبت الارث ثم يستند الى وقت وجود الردة وزوال الاهلية فيما بين الوقتين يمنع من الاستناد فيشترط دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت حتى لوكان بعض الورثة مسلما وقت الردة ثم ارتد عن الاسلام قبل موت المرتد لايورث وكذا اذامات قبل موته أوالمرأة انقضت عدتها قبل موته (وجه) الرواية الاولى ان الارث يتبع زوال الملك والملك زال بالردة من وقت وجودها فيثبت الارث فى ذلك الوقت بطريق الظهور وقوله هذا ايجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا ايجاب الارث بعد الموت لان الردة فى معنى الموت لانها تعمل عمل الموت فى زوال الملك على ما بينا فكانت الردة موتا معنى وكذا اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى باللحاق انه تعتبر أهلية الوراثة وقت القضاء باللحاق أم وقت اللحاق فعند أبى يوسف رحمه الله وقت القضاء وعند محمد رحمه الله تعتبر وقت اللحاق (وجه) قول محمد ان وقت الارث وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول باللحاق لان به يعجز عن الانتفاع بماله المتروك فى دار الاسلام الا ان العجز قبل القضاء غير متقرر لاحتمال العود فاذا قضى تقرر العجز وصار العود بعده كالممتنع عادة فكان العامل فى زوال الملك هو اللحاق فتعتبر الاهلية وقتئذ (وجه) قول

أبي يوسف ان الملك لا يزول الا بالقضاء فكان المؤثر في الزوال هو القضاء وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب لان المعنى لا يوجب الفصل ولو ارتد الزوجان معاً ثم جاءت بولد ثم قتل الاب على ردته فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين الردة يرثه لانه علم ان العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت به لستة أشهر فصاعداً من حين الردة لم يرثه لانه يحتمل انه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له أم ولد مسلمة ورثه مع ورثته المسلمين وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لان الام مسلمة فكان الولد على حكم الاسلام تبعا لامه فيرث أباه ولو مات مسلم عن امرأته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهرنا على الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم تبعا لابيه ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الاسلام فهو مسلم مرقوق مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث أباه لان الرق من أسباب الحرمان ولو تزوج المرتد مسلمة فولدت له غلاما أو وطىء أمة مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعا للام ويرث أباه لثبوت النسب وان كانت الام كافرة لا يحكم باسلامه لانه لم يوجد اسلام أحد الابوين والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الدين فعند أبي يوسف ومحمد ديون المرتد في كسب الاسلام والردة جميعا لان كل ذلك عندهما ميراث وأما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فقد ذكر أبو يوسف عنه انه في كسب الردة الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن رحمه الله عنه انه في كسب الاسلام الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الردة وقال الحسن رحمه الله دين الاسلام في كسب الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر رحمه الله والصحيح رواية الحسن لان دين الانسان يقضى من ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضى من ماله لا من مال وارثه لان قيام الدين يمنع زوال ملكه الى وارثه بقدر الدين لكون الدين مقدما على الارث فكان قضاء دين كل ميت من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فاما كسب الردة فمال جماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين الا لضرورة فاذا لم يف به كسب الاسلام مست الضرورة فيقضى الباقي منه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم ولد المرتد فولد المرتد لا يخلو من ان يكون مولوداً في الاسلام أو في الردة فان كان مولوداً في الاسلام بان ولد للزوجين ولد وهما مسلمان ثم ارتد الا يحكم بردته ما دام في دار الاسلام لانه لما ولد وأبواه مسلمان فقد حكم باسلامه تبعا لابويه فلا يزول بردتهما لتحول التبعية الى الدار اذ الدار وان كانت لا تصلح لاثبات التبعية ابتداء عند استتباع الابوين تصلح للابقاء لانه أسهل من الابتداء فما دام في دار الاسلام يبقى على حكم الاسلام تبعا للدار ولو لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولد له ولد وكبر ثم ظهر عليهم أما حكم المرتد والمرتدة فمعلوم وقد ذكرنا ان المرتد لا يسترق ويقتل والمرتدة تسترق ولا تقتل وتجبر على الاسلام بالحبس وأما حكم الاولاد فولد الاب يجبر على الاسلام ولا يقتل لانه كان مسلما باسلام أبويه تبعا لهما فلما بلغ كافراً فقد ارتد عنه والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية لا حقيقية لوجود الايمان حكما بطريق التبعية لا حقيقة فيجبر على الاسلام لكن بالحبس لا بالسيف اثباتا للحكم على قدر العلة ولا يجبر ولد ولده على الاسلام لان ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام اذ لو كان لذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من أولاد آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام فينبغي ان تجرى عليهم أحكام أهل الردة وليس كذلك بالاجماع وان كان مولوداً في الردة بان ارتد الزوجان ولا ولد لهما ثم حملت المرأة من زوجها بعد ردتها وهما مرتدان على حالهما فهذا الولد بمنزلة أبويه له حكم الردة حتى لو مات لا يصلى عليه لان المرتد لا يرث أحداً ولو لحقا بهذا الولد بدار الحرب فبلغ وولد له أولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا جميعا يجبر ولد الاب وولد ولده على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد في كتاب السير وذكر في الجامع الصغير انه لا يجبر ولد ولده على الاسلام (وجه) ما ذكر في السير ان ولد الاب تبع لابويه فكان محكوما بردته تبعا لابويه وولد الولد تبع له فكان محكوما بردته تبعا له والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل

(وجـه) المذكور فى الجامع ان هذا الولد انما صار محكوما بردته تبعا لابيه والتبع لا يستتبع غيره وأما حكم الاسترقاق فذكر فى السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من أولاده لان أمهم مرتدة وهى تحتمل الاسترقاق والولد كما تبع الام فى الرق يتبعها فى احتمال الاسترقاق وأما الكبار فلا يسترقون لانقطاع التبعية بالبلوغ و يجبرون على الاسلام وذكر فى الجامع الصغير الولدان فىء أما الاول فلان أمه مرتدة وأما الآخر فلانه كافر أصلى لان تبعية الابوين فى الردة قد انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافراً أصليا فاحتمل الاسترقاق ولو ارتدت امرأة وهى حامل ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وهى حامل كان ولدها فيئا لان السبى لحقه وهو فى حكم جزء الام فلا يبطل بالانفصال من الام والذمى الذى نقض العهد ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتد فى سائر الاحكام من الارث والحكم بعتق أمهات الاولاد والمدبرين ونحو ذلك لان المعنى الذى يوجب الحاقه اللحاق بالموت فى الاحكام التى ذكرنا لا يفصل الا انهما يفترقان من وجه وهو ان الذمى يسترق والمرتد لا يسترق ووجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوسل الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرنا انه رجع بعد ما ذاق طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجى فلاحه بخلاف الذمى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحكام البغاة فالكلام فيه فى مواضع فى تفسير البغاة وفى بيان ما يلزم امام أهل العدل عند خروجهم عليه وفى بيان ما يصنع بهم و باموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم وفى بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز وفى بيان حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين وفى بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين وفى بيان حكم قضايا هم أما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج وهم قوم من رأيهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت أو صغيرة يخرجون على امام أهل العدل و يستحلون القتال والدماء والاموال بهذا التأويل ولهم منعة وقوة وأما بيان ما يلزم امام العدل عند خروجهم فنقول و بالله التوفيق ان علم الامام ان الخوارج يشهرون السلاح و يتأهبون للقتال فينبغى له ان يأخذهم و يحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك و يحدثوا توبة لانه لو تركهم لسعوا فى الارض بالفساد فيأخذهم على أيديهم ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يبدؤه لان قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم لانهم مسلمون فلم يتوجه الشر منهم لا يقاتلهم وان لم يعلم الامام بذلك حتى تعسكروا وتأهبوا للقتال فينبغى له ان يدعوهم الى العدل والرجوع الى رأى الجماعة أولا لرجاء الاجابة وقبول الدعوة كما فى حق أهل الحرب وكذا روى ان سيدنا علياً رضى الله عنه لما خرج عليه أهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان أجابوا كف عنهم وان أبوا قاتلهم لقوله تعالى فان بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله وكذا قاتل سيدنا على رضى الله عنه أهل حروراء بالنهروان بحضرة الصحابة رضى الله عنهم تصديقا لقوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا على انك تقاتل على التأويل كما تقاتل على التنزيل والقتال على التأويل هو القتال مع الخوارج ودل الحديث على امامة سيدنا على رضى الله عنه لان النبى عليه الصلاة والسلام شبه قتال سيدنا على رضى الله عنه على التأويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتاله بالتنزيل فلزم ان يكون سيدنا على محقا فى قتاله بالتأويل فلو لم يكن امام حق لما كان محقا فى قتاله اياهم ولانهم ساعون فى الارض بالفساد فيقتلون دفعا للفساد على وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة لا بأس بذلك لان الدعوة قد بلغتهم لكونهم فى دار الاسلام ومن المسلمين أيضا و يجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم ان يجيبه الى ذلك ولا يسعه التخلف اذا كان عنده غنا وقدرة لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله سبحانه وتعالى الموفق وما روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغى للرجل ان يعتزل الفتنة و يلزم بيته محمول على وقت خاص وهو ان لا يكون امام يدعوه الى القتال وأما اذا كان فدعاه يفترض عليه الاجابة لما ذكرنا وأما بيان ما يصنع بهم و باموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم فنقول الامام اذا قاتل أهل البغى فهزمهم وولوا مدبرين فان كانت لهم فئة يتحازون اليها فينبغى لاهل العدل ان يقتلوا مدبرهم و يجهزوا على

جر يحهم لئلا يتحيزوا الى الفئة فيمتنعوا بهافيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فان شاء الامام قتله استئصالا لشأفتهم وان شاء حبسه لاندفاع شره بالاسر والحبس وان لم يكن لهم فئة يتحيزون اليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفئة (وأما) أموالهم التى ظهر أهل العدل عليها فلا بأس بان يستعينوا بكراعهم وسلاحهم على قتالهم كسراً لشوكتهم فاذا استغنوا عنها أمسكها الامام لهم لان أموالهم لا تحتمل التملك بالاستيلاء لكونهم مسلمين ولكن يحبسها عنهم الى ان يزول بغيهم فاذا زال ردها عليهم وكذا ماسوى الكراع والسلاح من الامتعة لا ينتفع به ولكن يمسك و يحبس عنهم الى ان يزول بغيهم فيدفع اليهم لما قلنا و يقاتل أهل البغى بالمنجنيق والحرق والغرق وغير ذلك مما يقاتل به أهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك وللامام ان يوادعهم لينظر في أمورهم ولكن لا يجوز ان يأخذوا على ذلك مالا لما ذكرنا من قبل (وأما) بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من أهل الحرب من الصبيان والنسوان والاشياخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البغى لان قتالهم لدفع شر قتالهم فيختص باهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون الا اذا قاتلوا فيباح قتلهم فى حال القتال و بعد الفراغ من القتال الا الصبيان والمجانين على ما ذكرنا فى حكم أهل الحرب والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) العبد المأسور من أهل البغى فان كان قاتل مع مولاه يجوز قتله وان كان يخدم مولاه لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يزول بغيهم فيرد عليهم (وأما) الكراع فلا يمسك ولكنه يباع و يحبس ثمنه لمالكه لان ذلك أنفع له ولا يجوز للعادل أن يبتدئ بقتل ذى رحم محرم منه من أهل البغى مباشرة واذا أراد هو قتله له أن يدفعه وان كان لا يندفع الا بالقتل فيجوز له أن يتسبب ليقتله غيره بأن يعقر دابته ليترجل فيقتله غيره بخلاف أهل الحرب فانه يجوز قتل سائر ذوى الرحم المحرم منه مباشرة وتسببا ابتداء الا الوالدين (ووجه) الفرق ان الشرك فى الاصل مبيح لعموم قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الا أنه خص منه الابوان بنص خاص حيث قال الله تبارك وتعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا فبقى غيرهما على عموم النص بخلاف أهل البغى لان الاسلام فى الاصل عاصم لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم والباغى مسلم الا أنه أبيح قتل غير ذى الرحم المحرم من أهل البغى دفعاً لشرهم لا لشوكتهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبيب ليقتله غيره فبقيت العصمة عما وراء ذلك بالدليل العاصم (وأما) بيان حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين فنقول لا خلاف فى أن العادل اذا أصاب من أهل البغى من دم أو جراحة أو مال استهلكه انه لا ضمان عليه (وأما) الباغى اذا أصاب شيأ من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا ان ذلك موضوع وقال الشافعى رحمه الله انه مضمون (وجه) قوله ان الباغى جان فيستوى فى حقه وجود المنعة وعدمها لان الجانى يستحق التغليظ دون التخفيف (ولنا) ما روى عن الزهرى أنه قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ومثله لا يكذب فانعقد الاجماع من الصحابة رضى الله عنهم على ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى فى المسئلة ما نبه عليه الصحابة رضى الله عنهم وهو ان لهم فى الاستحلال تأويلا فى الجملة وان كان فاسداً لكن لهم منعة والتأويل الفاسد عند قيام المنعة يكفى لرفع الضمان كتأويل أهل الحرب ولان الولاية من الجانبين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيداً لتعذر الاستيفاء فلم يجب ولو فعلوا شيأ من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وتفرق الجمع يؤخذون به لان المنعة اذا انعدمت الولاية و بقى مجرد تأويل فاسد فلا يعتبر فى دفع الضمان ولو قتل تاجر من أهل العدل تاجراً آخر من أهل العدل فى عسكر أهل البغى أو قتل الاسير من أهل العدل أسيراً آخر أو قطع ثم ظهر عليه فلا قصاص عليه لان الفعل لم يقع موجباً لتعذر الاستيفاء وانعدام الولاية كما لو قطع فى دار الحرب لان عسكر أهل البغى فى حق انقطاع الولاية

ودار الحرب سواء والله عز وجل أعلم ثم لا خلاف في أن العادل اذا قتل باغيا لا يحرم الميراث لانه لم يوجد قتل نفس بغير حق لسقوط عصمة نفسه وأما الباغي اذا قتل العادل يحرم الميراث عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد ان قال قتلته وكنت على حق وأنا الآن على حق لا يحرم الميراث وان قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم (وجه) قول أبي يوسف ان تأويله فاسد الا أنه ألحق بالصحيح عند وجود المنعة في حق الدفع لا في حق الاستحقاق فلا يعتبر في حق استحقاق الميراث (وجه) قولهما انا نعتبر تأويله في حق الدفع والاستحقاق لان سبب استحقاق الميراث هو القرابة وانها موجودة الا أن قتل نفس بغير حق سبب الحرمان فاذا قتله على تأويل الاستحلال والمنعة موجودة اعتبرناه في حق الدفع وهو دفع الحرمان فأشبه الضمان الا أنه اذا قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم الميراث لان التأويل الفاسد انما يلحق بالصحيح اذا كان مصراً عليه فاذا لم يصر فلا تأويل له فلا يندفع عنه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين فنقول وبالله تعالى التوفيق (أما) قتلى أهل العدل فيصنع بهم ما يصنع بسائر الشهداء لا يغسلون ويدفنون في ثيابهم ولا ينزع عنهم الا ما لا يصلح كفنا ويصلى عليهم لانهم شهداء لكونهم مقتولين ظلما وقد روى ان زيد بن صرحان اليمني كان يوم الجمل تحت راية سيدنا على رضى الله عنهما فأوصى في رمقه لا تنزعوا عنى ثوبا ولا تغسلوا عنى دما وارمسوني في التراب رمسا فانى رجل محاج أحاج يوم القيامة (وأما) قتلى أهل البغي فلا يصلى عليهم لانه روى ان سيدنا عليا رضى الله عنه ما صلى على أهل حروراء ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون لان ذلك من سنة موتى بنى سيدنا آدم على الصلاة والسلام ويكره أن تؤخذ رؤسهم وتبعث الى الآفاق وكذلك رؤس أهل الحرب لان ذلك من باب المثلة وانه منهى لقوله عليه الصلاة والسلام لا تمثلوا فيكره الا اذا كان في ذلك وهن لهم فلا بأس به لما روى ان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه جز رأس أبي جهل عليه اللعنة يوم بدر وجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبا جهل كان فرعون هذه الامة ولم ينكر عليه ويكره بيع السلاح من أهل البغي وفي عساكرهم لانه اعانة لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد ونحوه لانه لا يصير سلاحا الا بالعمل ونظيره انه يكره بيع المزامير ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزمار وهو الخشب والقصب وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان حكم قضاياهم فنقول الخوارج اذا ولوا قاضيا فالامر لا يخلو من أحد وجهين اما ان ولوا رجلا من اهل البغي واما ان ولوا رجلا من أهل العدل فان ولوا رجلا من أهل البغي فقضى بقضايا ثم رفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل لا ينفذها لانه لا يعلم كونها حقا لانهم يستحلون دماءنا وأموالنا فاحتمل انه قضى بما هو باطل على رأى الجماعة فلا يجوز له تنفيذه مع الاحتمال ولو كتب قاضى أهل البغي الى قاضى أهل العدل بكتاب فان علم انه قضى بشهادة أهل العدل أنفذه لانه تنفيذ الحق ظاهرا وان كان لا يعلم لا ينفذه لانه لا يعلم كونه حقا فلا يجوز تنفيذه لقوله تبارك وتعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وان ولوا رجلا من أهل العدل فقضى فيما بينهم بقضايا ثم رفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل نفذها لان التولية اياه قد صحت ولانه يقدر على تنفيذ القضايا بمنعتهم وقوتهم فصحت التولية والظاهر انه قضى على رأى أهل العدل فلا يملك ابطاله كما اذا رفعت قضايا قاضى أهل العدل الى بعض قضاة أهل العدل وما أخذوا من البلاد التي ظهروا عليها من الخراج والزكاة التي ولاية أخذها للامام لا يأخذه الامام ثانيا لان حق الاخذ للامام لمكان حمايته ولم توجد الا أنهم يفتون بان يعيدوا الزكاة استحسانا لان الظاهر انهم لا يصرفونها الى مصارفها فاما الخراج فمصرفه المقاتلة وهم يقاتلون أهل الحرب والله تعالى أعلم

كتاب الغصب

جمع محمد رحمه الله في كتاب الغصب بين مسائل الغصب وبين مسائل الاتلاف وبدأ بمسائل الغصب فنبدأ بما بدأ به

فنقول و بالله التوفيق معرفة مسائل الغصب فى الاصل مبنية على معرفة حد الغصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه (أما) حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال وقال محمد رحمه الله الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصبا وقال الشافعى رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست بشرط (أما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فهو احتج لتمهيد أصله بقوله سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا جعل الغصب مصدر الاخذ فدل ان الغصب والاخذ واحد والاخذ اثبات اليد الا أن الاثبات اذا كان باذن المالك يسمى ايداعا واعارة وابضاعا فى عرف الشرع واذا كان بغير اذن المالك يسمى فى متعارف الشرع غصبا ولان الغصب انما جعل سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تعديا فيكون سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه ازالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الاول وازالة الزائل محال والله سبحانه وتعالى أعلم (ولنا) الاستدلال بضمان الغصب من وجهين أحدهما ان المالك استحق ازالة يد الغاصب عن الضمان فلا بد وأن يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تبارك وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل بقوله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والثانى ان ضمان الغصب لا يخلو إما أن يكون ضمان زجر واما ان يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من أهل الزجر ولان الانزجار لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعى الفوات فدل انه لا بد من التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له فى الآية لان الله تعالى فسر أخذ الملك تلك السفينة بغصبه اياها كأنه قال سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يغصب كل سفينة وهذا لا يدل على ان كل أخذ غصب بل هى حجة عليه لان غصب ذلك الملك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة أيدى المساكين عنها فدل على ان الغصب اثبات على وجه يتضمن الازالة (وأما) قوله الغصب انما أوجب الضمان لكونه تعديا فمسلم لكن التعدى فى الازالة لا فى الاثبات لان وقوعه تعديا بوقوعه ضارا بالمالك وذلك باخراجه من أن يكون منتفعا به فى حق المالك واعجازه عن الانتفاع به وهو تفسير تفويت اليد وازالتها (فاما) مجرد الاثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الاثبات تعديا وعلى هذا الاصل يخرج زوائد الغصب انها ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة أو متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن فى يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد الغصب وهل تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبرا (أما) المنفصلة فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أنها تصير مضمونة بها (وأما) المتصلة فذكر فى الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسئلة اذا غصب جارية قيمتها ألف درهم فازدادت فى بدنها خيرا حتى صارت قيمتها الفى درهم فباعها وسلمها الى المشترى فهلكت فى يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن المشترى قيمتها الفى درهم وان شاء ضمن البائع فان اختار تضمين المشترى ضمنه قيمتها يوم القبض الفى درهم وان اختار تضمين البائع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها الفى درهم أيضا كذا ذكر فى الاصل ولم يذكر الخلاف وحكى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله الخلاف ان على قول أبى حنيفة رحمه الله ان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم القبض الفى درهم وان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب ألف درهم وليس له أن يضمنه زيادة بالبيع والتسليم وكذا ذكره الحاكم الشهيد فى المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوى فى مختصره الا أنه ذكر الاستهلاك مطلقا فقال الا أن يستهلكها وفسره الجصاص فى شرحه مختصر الطحاوى فقال الا أن يكون عبدا أو جارية فيقتل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبدا أو جارية فقتله الغاصب خطأ يكون المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زائدة فى ثلاث سنين (وجه) قولهما ان البيع والتسليم غصب لانه تفويت امكان الاخذ لان المالك

كان متمكنا من أخذه منه قبل البيع والتسليم و بعد البيع والتسليم لم يبق متمكنا وتفويت امكان الاخذ تفويت اليد معنى فكان غصبا موجبا للضمان وهذا لان تفويت يد المالك انما كان غصبا موجبا للضمان لكونه اخراج المال من أن يكون منتفعا به فى حق المالك واعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتفويت امكان الاخذ فيوجب الضمان ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشترى من الغاصب كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الاصل مضمون بالغصب الاول فلا يقع البيع والتسليم غصبا له لان غصب المغصوب لا يتصور والزيادة المتصلة لا يتصور افرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فان افرادها بالغصب بدون الاصل متصور فلم تكن مغصوبة بالغصب الاول لانعدامها فجاز أن تصير مغصوبة بالبيع والتسليم فهذا الفرق بين الزيادتين و بخلاف القتل لان قتل المغصوب متصور لان محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحياة ومحل الغصب هو مالية العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل الا أن المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير ولان الاصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير مملوكا للغاصب من ذلك الوقت بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله (وأما) الزيادة المتصلة فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لانها نماء ملكه فتكون ملكه فكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك فى غير بنى آدم تصرفا فى ملك نفسه فلا يكون مضمونا عليه كما لو تصرف فى سائر أملاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لانا أثبتنا الملك بطريق الاستناد فالمستند يظهر من وجه و يقتصر على الحال من وجه فيعمل بشبهة الظهور فى الزوائد المتصلة و بشبهة الاقتصار فى المنفصلة اذ لا يكون العمل به على العكس ليكون عملا بالشبهين بقدر الامكان (واما) على طريق الظهور المحض فتخريجهما مشكل والله تعالى الموفق بخلاف القتل لان العبد انما يضمن بالقتل من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال والغاصب انما ملكه بالضمان من وقت الغصب من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى لانه من حيث انه آدمى لا يحتمل التملك فلم يكن هو بالقتل متصرفا فى ملك نفسه لهذا افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ثم على أصلهما اذا اختار المالك تضمين البائع هل يثبت له الخيار بين أن يضمنه ألفى درهم وقت البيع و بين أن يضمنه ألف درهم وقت الغصب قال بعض مشايخنا يثبت وهذا غير سديد لان التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفه بخلاف التخيير بين البائع والمشترى عند أبى حنيفة رحمه الله لان هناك الذمة مختلفة فمن الجائز أن يكون أحدهما مليا والآخر مفلسا فكان التخيير مفيدا أو بخلاف القتل لان ضمان القتل ضمان الدم وانه مؤجل الى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال وانه حال فكان التخيير مفيدا ثم اذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم جاز البيع لانه تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل ملكه وان ضمن المشترى قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشترى بالثمن على البائع لانه تبين انه أخذه بغير حق وليس له ان يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من انسان شيأ فجاء آخر وغصبه منه فهلك فى يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى أما تضمين الاول فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك وأما تضمينه الثانى فلانه فوت يد الغاصب الاول و يده يد المالك من وجه لانه يحفظ ماله و يتمكن من رده على المالك و يستقر بهما الضمان فى ذمته فكانت منفعة يده عائدة الى المالك فاشبهت يد المودع وقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان الا أن المضمون واحد فخيرنا المالك لتعين المستحق فان اختار أن يضمن الاول رجع بالضمان على الثانى لانه ملك المغصوب من وقت غصبه فتبين ان الثانى غصب ملكه وان اختار تضمين الثانى لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه على ما بينا وكذلك ان استهلكه الغاصب الثانى ومتى اختار تضمين أحدهما هل يبرأ الآخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر فى الجامع انه يبرأ حتى لو أراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة رحمه الله فى نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى به عليه (وجه) رواية النوادر ان عند وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذى ضمنه لانه باعه منه فلا يملك

الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فاماقبل وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذى ضمنه لانه باعه منه فلا يملك الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فأما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد منه التمليك من أحدهما فله ان يملكه من أيهما شاء (وجه) رواية الجامع ماذكرنا انه باختياره تضمين الغاصب الآخر أظهر انه راض بأخذ الاول وانه بمنزلة المودع وباختيار تضمين الاول أظهر ان الثانى ما أتلف عليه شيأ لانه لم يفوت يده والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع الغاصب المغصوب من الثانى فهلك فى يده يتخير المالك فيضمن أيهما شاء فان ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له لما ذكرنا وان ضمن المشترى بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكنه يرجع بالثمن عليه لما ذكرنا وكذلك لو استهلكه المشترى ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه المشترى من الغاصب ثم أجاز المالك البيع نفذ اعتاقه استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا ينفذ قياسا ولا خلاف فى أنه لو باعه المشترى ثم أجاز المالك البيع الاول أنه لا ينفذ البيع الثانى (وجه) القياس ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك للمشترى فى العبد لانه ملك المغصوب منه فلا ينعقد اعتاقه فيه فينفذ عليه عند الاجازة ولهذا لم ينفذ بيعه (وجه) الاستحسان ان اعتاق المشترى صادف ملكا على التوقف فينعقد على التوقف كالمشترى من الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين اذا أعتقه ثم أبرأ الغرماء الميت عن ديونهم والدليل على ان الاعتاق صادف ملكا على التوقف أن سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالى عن الشرط ممن هو من أهل البيع فى محل قابل الا أنه لم ينفذ دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر عليه فى التوقف فيتوقف واذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف الاعتاق بخلاف البيع فانه يعتمد شروطا أخر ألا ترى أنه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى الغرر وفى توقيف نفاذ البيع الاول تحقيق معنى الغرر ولو أودع الغاصب المغصوب فهلك فى يد المودع يتخير المالك فى التضمين فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد لانه تبين انه أودع ملك نفسه وان ضمن المودع يرجع على الغاصب لانه غره بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرر وهو ضمان الالتزام فى الحقيقة ولو استهلكه المودع فالجواب على القلب من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن المودع لم يرجع على الغاصب لانه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو آجر الغاصب المغصوب أو رهنه من انسان فهلك فى يده يتخير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه آجر ورهن ملك نفسه الا ان فى الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن يرجع على الغاصب بما ضمن والمرتهن يرجع بدينه أيضا أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مغرورا وأما رجوع المستأجر فلانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرور فاشبه المودع ولو استهلكه المستأجر أو المرتهن يتخير المالك الا أنه ان ضمن الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه آجر ملك نفسه ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستأجر والمرتهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن لم يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعاره الغاصب فهلك فى يد المستعير يتخير المالك وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما الغاصب فلا شك فيه لانه أعار ملك نفسه فهلك فى يد المستعير وأما المستعير فلانه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج منافع الاعيان المنقولة المغصوبة انها ليست بمضمونة عندنا وعند الشافعى رحمه الله مضمونة نحو ما اذا غصب عبدا أو دابة فامسكه أياما ولم يستعمله ثم رده على مالكه لانه لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع لانها اعراض تحدث فشيأ على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة فى يد المالك فلم يوجد تفويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب وعنده حد الغصب اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد فى المنافع والمنفعة مال بدليل أنه يجوز أخذ العوض عنها فى الاجارة وتصلح مهرا فى النكاح فتحقق الغصب فيها فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا غصب دارا أو عقارا فانهدم شئ من

البناء أو جاء سيل فذهب بالبناء والاشجار أو غلب الماء على الارض فبقيت تحت الماء انه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف الآخر وعند محمد وهو قول أبي يوسف الاول يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله أما الشافعي فقد مر على أصله في تحديد الغصب انه اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول وأما محمد رحمه الله تعالى فقد مر على أصله في حد الغصب انه ازالة يد المالك عن ماله والفعل في المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لان ذلك عبارة عن اخراج المال من أن يكون منتفعاً به في حق المالك أو اعجاز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار فيتحقق الغصب والدليل عليه مسئلة ذكرناها في الرجوع عن الشهادات وهي ان من ادعى على آخر داراً فأنكر المدعى عليه فأقام المدعي شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا يضمنان كما لو كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار والمنقول في ضمان الرجوع فدل ان الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعاً وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فمرا على أصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل وعلى انهما ان سلما تحقق الغصب في العقار فالاصل في الغصب أن لا يكون سبباً لوجوب الضمان لان أخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه ألا ترى أنه تزول يده وملكه عن الضمان فيستدعي وجود الاتلاف منه اما حقيقة أو تقديراً لان الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد ههنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديراً أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلان ذلك بالنقل والتحويل والتغييب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة وتقديراً فينتفي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف اذا غصب عقاراً فجاء انسان فأتلفه فالضمان على المتلف عندهما لان الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فان اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وان اختار تضمين المتلف لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه (وأما) مسئلة الرجوع عن الشهادة فمن أصحابنا من منعها وقال ان محمداً رحمه الله بنى الجواب على أصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا بأس بالتسليم لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبياً حراً من أهله فمات في يده من غير آفة اصابته بان مرض في يده فمات أنه لا يضمن لان كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب والحر ليس بمال ولو مات في يده بآفة بان عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسبيباً والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبيباً على ما نذكره في مسائل الاتلاف ان شاء الله تعالى ولو غصب مدبراً فهلك في يده يضمن لان المدبر مال متقوم الا انه امتنع جواز بيعه اذا كان مدبراً مطلقاً مع كونه مالا متقوماً لانعقاد سبب الحرية للحال وفي البيع ابطال السبب على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتبا فهلك في يده لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوما ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على أصل أبي حنيفة فكان مضموناً بالغصب كالمكاتب وعلى أصلهما هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب أم ولد انسان فهلكت عنده لم يضمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يضمن وأم الولد لا تضمن بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعاً ثم أعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيأ ولا تسعى هي في شيء أيضاً عنده وعندهما يضمن في ذلك كله كالمدبر ولقب المسئلة ان أم الولد هل هي متقومة من حيث انها مال أم لا ولا خلاف انها متقومة بالقتل ولا خلاف في أن المدبر متقوم (وجه) قولهما انها كانت مالا متقوما والاستيلاد لا يوجب المالية والتقوم لانه

لا يثبت به الا حق الحرية فانه لا يبطل المالية والتقوم كما في المدبر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاستيلاد اعتاق لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في جاريته مارية أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا أنه تأخر في حق بعض الاحكام فمن ادعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المدبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى أنه لا يثبت به العتق للحال أصلا وانما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقوم و يمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي أو لمسلم فهلك في يده أو استهلكه أنه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الاديان كلها ولو دبغه الغاصب وصار مالا فحكمه نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمر المسلم أو خنزيراً له فهلك في يده انه لا يضمن سواء كان الغاصب مسلما أو ذميا لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمراً أو خنزير الذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذمياً أو مسلماً غير ان الغاصب ان كان ذميا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنا من كان (وجه) قوله أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة لقوله سبحانه وتعالى في صفة الخمر رانه رجس من عمل الشيطان وصفة المحل لا تختلف باختلاف الشخص وقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها أخبر عليه الصلاة والسلام كونها محرمة وجعل علة حرمتها عينها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق (ولنا) ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المعروف فاعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمي الضمان اذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملا بظاهر الحديث وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهم منتفع به حقيقة لانه صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر و يصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ولانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم و بعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجهان أحدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل و وجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك للحال ألا ترى ان المهر والجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير لما روى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال أمرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك و بنفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم أنه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم وتعرض لهم من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها ذمي أو مسلم فهلكت عند الغاصب أو خللها فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلا مثلها لان الغصب حين وجوده لم ينعقد سببا لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع آخر لأن الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن وان استهلكه فقد وجد منه

صنع آخر سوى الغصب وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصرانى صليباً له فهلك فى يده يضمن قيمته صليباً لانه مقر على ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير أمره أو بعثه فى حاجة أو قاد دابة له أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير اذن صاحبها انه ضامن بذلك سواء عطب فى تلك الخدمة أو فى مضيه فى حاجته أو مات حتف أنفه لان يد المالك كانت ثابتة عليه واذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان بغير اذنه وليس فى الدار أحد فهلك فى يده لم يضمن فى قولهما وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير اذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لان تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الغصب فله فى الاصل حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثانى يرجع الى الدنيا أما الذى يرجع الى الآخرة فهو الاثم واستحقاق المؤاخذة اذا فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة وان فعله لا عن علم بان ظن أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا ببركة دعاء النبى عليه الصلاة والسلام بقوله عليه الصلاة والسلام ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (وأما) الذى يرجع الى الدنيا فأنواع بعضها يرجع الى حال قيام المغصوب وبعضها يرجع الى حال هلاكه وبعضها يرجع الى حال نقصانه وبعضها يرجع الى حال زيادته (أما) الذى يرجع الى حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع فى بيان سبب وجوب الرد وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان ما يصير المالك به مسترداً أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير اذنه لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يأخذ أحدكم مال صاحبه لاعبا ولا جاداً فاذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليرد عليه ولان الاخذ على هذا الوجه معصية والردع عن المعصية واجب وذلك برد المأخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الاصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب لانها من ضرورات الرد فاذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما فى رد العارية (وأما) شرط وجوب الرد فقيام المغصوب فى يد الغاصب حتى لو هلك فى يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لان الهالك لا يحتمل الرد وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواة فغرسها حتى نبتت أو باقلة فغرسها حتى صارت شجرة أو بيضة فحضنها حتى صارت دجاجة أو قطناً فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه أو خاطه قميصا أو لحما فشواه أو طبخه أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سمسما فعصره أو عنبا فعصره أو حديدا فضربه سيفاً أو سكيناً أو صفراً أو نحاسا فعمله آنية أو تراباً له قيمة فلبنه او اتخذه خزفا أو لبنا فطبخه آجراً ونحو ذلك انه ليس للمالك أن يسترد شيأ من ذلك عندنا ويزول ملكه بضمان المثل أو القيمة وعند الشافعى له ولاية الاسترداد ولا يزول ملكه وجه قوله ان ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وانما فات بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر أو أصفر لان الملك فى المغصوب كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد (ولنا) أن فعل الغاصب فى هذه المواضع وقع استهلاكا للمغصوب اما صورة ومعنى أو معنى لا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيأ آخر بتخليق الله تعالى وايجاده لانه لم تبق صورته ولا معناه الموضوع له فى بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها

ومعانيها

ومعانيها المطلوبة منها وفي بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكا للمغصوب صورة ومعنى أو معنى فيبطل حق الاسترداد اذ الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي ولانه اذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى في الهالك كما في الهالك الحقيقي فتنقطع ولاية الاسترداد ضرورة ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه أو اضرارا به وهذا توجب زوال ملكه عن المغصوب لما نذكره ان شاء الله تعالى واذا زال ملك المالك بالضمان يثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت في محل قابل وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لاحد وبه تبين أن فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت الملك به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب لبنا أو آجرا أو ساجة فادخلها في بنائه انه لا يملك الاسترداد عندنا وتصير ملكا للغاصب بالقيمة خلافا للشافعي رحمه الله فهو على أصله المعهود في جنس هذه المسائل أن فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعا فبقي ملك المغصوب منه كما كان (ولنا) أن المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيأ آخر غير الاول لاختلاف المنفعة اذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد فصار بها تبعا له فكان الادخال اهلاكا معنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ويصير ملكا للغاصب ولان الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال ملكه أيضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع ولهذا لو غصب من آخر خيطا فخاط به بطن نفسه أو دابته ينقطع حق المالك كذا هذا وذكر الكرخي رحمه الله أن موضوع مسألة الساجة ما اذا بنى الغاصب في حوالي الساجة لا على الساجة فاما اذا بنى على نفس الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لان البناء اذا لم يكن على نفس الساجة لم يكن الغاصب متعديا بالبناء لينقض ازالة للتعدي واذا كان البناء عليها كان متعديا على الساجة فيزال تعديه بالنقض والصحيح أن الجواب في الموضعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف ما كان لا يمكنه رد الساجة الا بنقض البناء ولزوم ضرر معتبر هذا موضوع المسألة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك بالاتفاق بل يؤمر بالرد ولو بيعت الدار في حياة الغاصب أو بعد وفاته كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء في الثمن فلا يكون أخص بشيء من ذلك لان ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك لو غصب خوصا فجعله زنبيلا لا سبيل للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجة اذا جعلها بناء ولو غصب نخلة فشقها فجعلها جذوعا كان له أن يأخذ الجذوع لان عين المغصوب قائمة وانما فرق الاجزاء فاشبه الثوب اذا قطعه ولم يخطه ولو غصب أرضا فبنى عليها أو غرس فيها لا ينقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تصر شيأ آخر ألا ترى أنها لم تتركب بشيء وانما جاورها البناء والغرس بخلاف الساجة لانها ركبت وصارت من جملة البناء ألا يرى انه يسمى الكل بناء واحدا فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له البناء والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع والمالك أيضا يتضرر بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب أو فضة فصاغه اناء أو ضرب به دراهم أو دنانير فللمغصوب منه أن يأخذه ولا يعطيه شيأ لاجل الصياغة على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا سبيل له على ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب وأجمعوا على أنه اذا سبكه ولم يصنعه أو جعله مربعا أو مطولا أو مدورا ان له أن يسترده ولا شيء عليه (وجه) قولهما أن صنع الغاصب وقع استهلاكا لان المغصوب بالصياغة صار شيأ آخر فاشبه ما اذا غصب حديدا فاتخذه سيفا أو سكينا وجه قوله أن استهلاك الشيء اخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة موضوعة له مطلوبة منه عادة ولم يوجد ههنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهي باقية بعد ما استحدث الصنعة فلم يتحقق الاستهلاك فبقي على ملك المغصوب منه ولو غصب صفرا أو نحاسا أو حديدا فضرب به آنية ينظر ان

كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الذهب والفضة لانه لم يخرج بالضرب والصناعة عن حد الوزن وان كان يباع عدداً ليس له أن يسترده بلا خلاف لانه خرج عن كونه موزونا بخلاف الذهب والفضة لان الوزن فيهما أصل لا يتصور سقوطه أبداً ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك إذ الذبح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعييب فلا يوجب زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) بيان ما يصير المالك به مستردا للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الاصل أن المالك يصير مستردا للمغصوب باثبات يده عليه لانه صار مغصوبا بتفويت يده عنه فاذا أثبت يده عليه فقد اعاده الى يده فزالت يد الغاصب ضرورة الا أن يغصبه ثانيا وعلى هذا تخرج المسائل اذا كان المغصوب عبدا فاستخدمه أو ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو حمل عليها صار مستردا له ويبرأ الغاصب من الضمان لما قلنا سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم لان اثبات اليد على العين أمر حسى لا يختلف بالعلم أو الجهل ولهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب فلا يكون شرطا لبطلانه وكذلك لو كان طعاما فأكله لانه أثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب وكذا اذا أطعمه الغاصب يبرأ عن الضمان عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يبرأ وجه قوله أنه غره فى ذلك حيث أطعمه ولم يعلمه أنه ملكه فلا يسقط عنه الضمان (ولنا) أنه أكل طعام نفسه فلا يستحق الضمان على غيره كما لو كان فى يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذى اغتر بنفسه حيث تناول من غير بحث انه ملكه أو ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبدا فآجره من الغاصب للخدمة أو ثوبا فآجره منه للبس أو دابة للركوب وقبل الغاصب الاجارة برئ عن الضمان لان الاجارة اذا صحت صارت يد الغاصب على المحل يد اجارة وأنها يد محقة فتبطل يد الغصب ضرورة فيبرأ عن الضمان حين وجبت عليه الاجارة بالاجارة وقالوا فى الغاصب اذا آجر العبد المغصوب من مولاه ليبنى له حائطا معلوماً أنه يسقط ضمان الغصب حين يبتدئ بالبناء لان البراءة عن الضمان فى الموضعين جميعا متعلقة بوجوب الاجرة والاجرة فى استئجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية وههنا تجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الامة المغصوبة من الغاصب لا يبرأ عن الضمان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف يبرأ بناء على أن المشترى هل يصير قابضا بالتزويج أم لا وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع فى بيان حكم البيع ولو استأجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملا من الاعمال فهو جائز لكنه لا يصير مستردا للعبد ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بل هو فى يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل أن يأخذ فى ذلك العمل أو بعده ضمن وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب لان الاجارة ههنا ما وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الاجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب فبقى فى يد الغصب كما كان فبقى مضمونا كما كان بخلاف استئجار المغصوب على ما بينا واذا رد الغاصب الثانى المغصوب على الغاصب الاول برئ لان يده يد المالك من وجه فيصح الرد عليه والله سبحانه وتعالى اعلم (وأما) الذى يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان احدهما وجوب الضمان على الغاصب والثانى ملك الغاصب المضمون (أما) وجوب الضمان فالكلام فيه فى مواضع فى بيان كيفية الضمان وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان وقت وجوبه وفى بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدته (اما) الاول فالمغصوب لا يخلو اما أن يكون مما له مثل واما أن يكون مما لا مثل له فان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله لان ضمان الغصب ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل قال الله تبارك وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة ولان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة فلا يعدل عن المثل الى القيمة الا عند التعذر وقال زفر رحمه الله الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع وان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لانه تعذر ايجاب المثل صورة ومعنى لانه لا مثل له فيجب

المثل

المثل معنى وهو القيمة لانها المثل الممكن والاصل فى ضمان القيمة ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه بنصف قيمته للذى لم يعتق والنص الوارد فى العبد يكون واردا فى اتلاف كل مالا مثل له دلالة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المغصوب فمادام قادرا على رده على الوجه الذى أخذه لا يجب عليه الضمان لان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد عين المغصوب لان بالرد يعود عين حقه اليه وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وانما يصار الى الخلف عند العجز عن رد الاصل وسواء عجز عن الرد بفعله بان استهلكه أو بفعل غيره بان استهلكه غيره أو بآفة سماوية بان هلك بنفسه لان المحل انما صار مضمونا بالغصب السابق لان فعله ذلك لا بالهلاك لان الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب ولم يصدقه المغصوب منه انه يطلب منه بينة فان أقامها والا حبسه القاضى مدة يغلب على ظنه انه لو كان فى يده لاظهره ثم قضى عليه بالضمان لان بذلك ثبت عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطولب به فادعى الافلاس ومن شرط الخطاب باداء الضمان أن يكون المثل موجودا فى أيدى الناس حتى لو غصب شيأ له مثل ثم انقطع عن أيدى الناس لا يخاطب باداء المثل لانه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما فى حال انقطاعه عن أيدى الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع وجه قوله أن الغصب أوجب المثل على الغاصب والمصير الى القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه فى ذلك الوقت وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت وجود سببه وجه قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الواجب كان مثل المغصوب وبالانقطاع عن أيدى الناس لم يبطل الواجب لان الاصل ان ما ثبت يبقى لتوهم الفائدة وتوهم العود ههنا ثابت ألا ترى ان للمالك أن يختار الانتظار الى وقت ادراكه فيأخذ المثل واذا بقى المثل واجبا بعد الانقطاع فانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب بكون المغصوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أخذ مالا على وجه يحق له أخذه ظاهرا وفى الباطن بخلافه كما اذا اشترى شيأ أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لان العلم ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذة قال الله سبحانه وتعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (وأما) وقت وجوب الضمان فوقت وجود الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب حتى لا يتغير بتغير السعر لان السبب لم يتغير ولا تغير المحل أيضا لان تراجع السعر لفتور يحدثه الله سبحانه وتعالى فى قلوب عباده (وأما) بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان فالذى يخرج به عن عهدته شيئان أحدهما اداء الضمان الى المالك أو من يقوم مقامه لان الاصل فى طريق الخروج عن عهدة الواجب اداؤه ولو هلك المغصوب فى يد الغاصب الثانى فادى القيمة الى الغاصب الاول يبرأ عن الضمان فى الرواية المشهورة وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يبرأ الا بقضاء القاضى وجه هذه الرواية ان الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء الى المالك وجه الرواية المشهورة ان الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين برئ عن الضمان فكذا اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث المعنى والثانى الابراء وهو نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة (اما) الاول فنحو أن يقول ابرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك وما أشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لانه أسقط حق نفسه وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط وأما الثانى فهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر لان اختيار تضمين احدهما ابراء للآخر دلالة لما ذكرنا فيما تقدم

فيبرأ امابنفس الاختيار أو بشريطة رضامن اختار تضمينه أوالقضاء على اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما ولو أبرأه عن ضمان العين وهى قائمة فى يده صح الابراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يصح وجه قوله ان الابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق بالعدم و بقيت العين مضمونة كما كانت واذا هلكت ضمن (ولنا) ان العين صارت مضمونة بنفس الغصب لان الغصب سبب لوجوب الضمان فكان هذا ابراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو أجل المغصوب منه الغاصب ببدل الغصب صح التأجيل عند أصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالا بالقرض (ولنا) أن عدم اللزوم فى القرض لكونه جاريا مجرى الاعارة لما بين فى كتاب القرض والاجل لا يلزم فى العوارى وهذا المعنى لا يوجد فى الغصب فيلزمه وهذا لان الاصل هولزوم التأجيل لانه تصرف صدر من أهله فى محله وهوالدين الا أن عدم اللزوم فى باب القرض لضرورة الاعارة ولم يوجد ههنا فيلزم على الاصل والله تعالى أعلم (وأما) ملك الغاصب المضمون فالكلام فى هذا الحكم فى مواضع فى بيان أصل الحكم انه سبب أم لا وفى بيان وقت ثبوته وفى بيان صفة الحكم الثابت (أما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يثبت اذا كان المحل قابلا للثبوت ابتداء وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت أصلا حتى ان من غصب عبدا واكتسب فى يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب عندنا وعنده ملك للمالك ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده الى المالك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء انتظر الى ان يظهر وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه قيمته ثم ظهر العبد ينظر ان أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التى سماها و رضى بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده يأخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبراً يعود على ملك المالك بالاجماع وجه قوله أن المالك لا بدله من سبب والغصب لا يصلح سبباً لانه محظور والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحظور ولان ضمان الغصب لا يقابل العين وانما يقابل اليد الفائتة فلا تملك به العين كما فى غصب المدبر (ولنا) ان ملك الغاصب بزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولانه اذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب لانه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل فى ملك المالك وهذا لا يجوز واذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لاحد فيه فيملكه كما يملك الحطب والحشيش باثبات يده عليهما وبه تبين ان ماهو سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت به الملك بخلاف المدبر لانه لا يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك المالك لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل التملك ابتداء وههنا بخلافه والله تعالى أعلم ولو أخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب بان اختلفا فى القيمة وقضى القاضى بالقيمة بقول الغاصب و بيمينه ثم ظهر العبد ذكر فى ظاهر الرواية ان المغصوب منه بالخيار ان شاء رضى بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب وان شاء رد المأخوذ وأخذ العبد لانه تبين ان المأخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكماله فيثبت له الخيار وان أراد استرداد العبد فللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولومات العبد فى يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة ان كان فى قيمة العبد فضل على ما أخذه وان لم يكن فيها فضل فلا شىء سوى له القيمة وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا ظهر العبد وقيمته أكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما اذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب أو أقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل الكرخى رحمه الله لانه رضى بزوال ملكه بهذا البدل وفى ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا فى زيادة القيمة فادعى الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منه انها كانت قبله كان الجصاص يقول من تلقاء نفسه ان القول قول الغاصب لان التمليك قد صح فلا يفسخ بالشك (وأما) وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لان الملك فى الضمان يستند الى وقت وجود الغصب فكذا

فى المضمون فيظهر فى الكسب والغلة والربح وأما شرط ثبوت الملك فى المضمون فما هو شرط ثبوت الملك فى الضمان وهو اختيار الضمان عند أبى حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو أراد أن لا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب فى القيمة له ذلك وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هذا ليس بشرط و يثبت الملك قبل الاختيار فى الضمان والمضمون جميعاً وعلى هذا الاصل يبنى الصلح عن المغصوب الذى لا مثل له على اضعاف قيمته انه جائز عنده وعندهما لا يجوز (ووجه) البناء أنه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو مال مقدر والزيادة عليه تكون ربا ولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد منه الاختيار كان الصلح تقدير القيمة المغصوب هذا القدر وتمليكا للمغصوب به كانه باعه من الغاصب به فجاز والله تعالى أعلم (وأما) صفة الملك الثابت للغاصب فى المضمون فلا خلاف بين أصحابنا فى أن الملك الثابت له يظهر فى حق نفاذ التصرفات حتى لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ كما تنفذ هذه التصرفات فى المشترى شراء فاسداً واختلفوا فى أنه هل يباح له الانتفاع به بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل اداء الضمان فاذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال أبو حنيفة رضى الله عنه ومحمد رحمه الله لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه وان كان فيه فضل يتصدق بالفضل وقال أبو يوسف رحمه الله يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل ان كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهو القياس وقول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسان (وجه) القياس ان المغصوب مضمون لا شك فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل أصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك كما فى سائر أملاكه ويطيب له الربح لانه ربح ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عنده لما نذكر فربح المملوك المضمون أولى (وجه) الاستحسان ما روى انه عليه الصلاة والسلام أضافه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل عليه الصلاة والسلام يمضغه ولا يسيغه فقال عليه الصلاة والسلام ان هذه الشاة لتخبرنى أنها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها فقال عليه الصلاة والسلام اطعموها الاسارى أمر عليه الصلاة والسلام بأن يطعموها الاسارى ولم ينتفع به ولا أطلق لاصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالا طيباً لاطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الاكل ولان الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق وفى هذا الملك شبهة العدم لانه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من وجه فكان فى وجوده من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولان الملك من وجه حصل بسبب محظور أو وقع محظوراً بابتدائه فلا يخلو من خبث ولان اباحة الانتفاع قبل الارضاء يؤدى الى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فطحنها أنه لا يحل له الانتفاع بالدقيق حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال أبو حنيفة ومحمد يكره له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه و يتصدق بالفضل وقال أبو يوسف لا يكره له الانتفاع به قبل اداء الضمان ولا يلزمه التصدق بالفضل فظاهر هذا الاطلاق يدل على ان عندهما يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه باداء الضمان وفرق أبو يوسف بين الزرع والطحن فقال فى الطحن مثل قولهما أنه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لان الحنطة لم تهلك بالطحن وانما تغيرت صفتها من التركيب الى التفريق فكان عين الحنطة قائمة فكان حق المالك فيها قائما بخلاف الزرع لان البذر يهلك بالزراعة لانه يغيب فى الارض فيخرج من أن يكون مالا متقوما فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله فيمن غصب نوى فصار نخلا انه يحل الانتفاع به كما فى الحنطة اذا زرعها وقال فى الودى اذا غرسه فصار نخلا أنه يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لان النوى يعفن و يهلك والودى يزيد فى نفسه وروى عن أبى حنيفة فى الشاة اذا ذبحها فشواها انه لا يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحداً حتى يضمن القيمة وان كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى بالضمان لا يحل له أكلها واذا دفع الغاصب

قيمتها يحل له الاكل كذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه الحاكم وهذا عندى ليس باختلاف رواية بل هذه الرواية تفسير للاولى لان قوله حتى يرضى صاحبه بحله يحتمل الارضاء باداء الضمان ويحتمل الارضاء باختيار الضمان فالمذكور ههنا مفسر فيحمل المجمل على المفسر فيحمل قوله حتى يرضيه على الارضاء باختيار الضمان ورضاه لا على الارضاء باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الانتفاع به قبل اختيار الضمان ويحل بعده سواء أدى الضمان أولا وهذا قولهما وهو قياس قول أبى يوسف رحمه الله فى الشاة المشوية أنه يحل له الانتفاع بها فيأكلها ويطعمها من شاء سواء أدى الضمان أم لا ولا خلاف فى انه اذا أدى الضمان أنه يحل له الاكل وكذلك اذا أبرأه عن الضمان وكذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه القاضى لان القاضى لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا للضمان ورضا به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة أنه يضمن النقصان والغلة له ويتصدق بها فى قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله هى طيبة أما ضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلافا فيضمن قدر ما أتلف ويطيب له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بربح والنهى وقع عن الربح (وأما) الغلة فللغاصب عندنا وعند الشافعى رحمه الله للمالك وهى فريعة مسئلة المنافع وقد مرت فى موضعها (وأما) التصدق بالغلة وهى الاجرة عندهما فلانها خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصدق ولابى يوسف أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح مضمون والجواب أن التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الاولى لان الملك فوق الضمان ولو غصب أرضا فزرعها كرا فنقصتها الزراعة وأخرجت ثلاثة أكرار يغرم النقصان ويأخذ رأس المال ويتصدق بالفضل أما ضمان النقصان فلان الغاصب نقص الارض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف واما التصدق بالفضل فلحصوله بسبب خبيث وهى الزراعة فى ارض الغصب وان كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا أن النهى ورد عن الربح وذا ليس بربح فلم يحرم والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الفا فاشترى جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف انه يتصدق بجميع الربح فى قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله لا يلزمه التصدق بشئ لانه ربح مضمون مملوك لانه عند أداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ومجرد الضمان يكفى للطيب فكيف اذا اجتمع الضمان والملك وهما يقولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولى وفى هذا الملك شبهة العدم على ما بينا فيما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالالف جارية تساوى الفين فوهبها أو اشترى به طعاما يساوى الفين فأكله لم يتصدق بشئ لانه لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت بشبهة عدم الملك والشبهة توجب التصدق اما لا توجب التضمين وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدى الوديعتين بالاخرى خلطا لا يتميز ان المخلوط يصير ملكا له عند أبى حنيفة رحمه الله لكن لا يطيب له حتى يرضى صاحبه على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولو اشترى بالدراهم المغصوبة شيأ هل يحل له الانتفاع به أو يلزمه التصدق ذكر الكرخى رحمه الله وجعل ذلك على أربعة أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما أن يشير اليها وينقد من غيرها واما أن يشير الى غيرها وينقد منها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها واذا أثبت الطيب فى الوجوه كلها الا فى وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد منها وذكر أبو نصر الصفار والفقيه أبو الليث رحمهما الله انه يطيب فى الوجوه كلها وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه لا يطيب فى الوجوه كلها وهو الصحيح (وجه) قول أبى نصر وأبى الليث رحمهما الله تعالى ان الواجب فى ذمة المشترى دراهم مطلقة والمنقودة بدل عما فى الذمة أما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة لان الاشارة الى الدراهم لا تفيد التعيين فالتحقت الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب فى ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدلا عنها فلا يخبث المشترى والكرخى كذلك يقول اذا لم تتأكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار اليه فكان المنقود بدل المشترى فكان خبيثا (وجه) قول أبى بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة

فيثبت

فيثبت الخبث وهذا لانه ان أشار الى الدراهم المغصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين فى حق الاستحقاق يتعين فى حق جواز العقد بمعرفة جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشترى من وجه نقد منها أو من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة المشترى فتمكنت الشبهة فيخبث الربح واطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى فى زماننا بقول الكرخى تيسيرا للامر على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتب أقرب الى التنزه والاحتياط والله تعالى أعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان المشترى كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المغصوبة امرأة وسعه ان يطأها بخلاف الشراء لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينفسخ الشراء والنكاح لا يحتمل الفسخ ولو كان المغصوب ثوبا فاشترى به جارية لا يسعه ان يطأها ولو تزوج عليه امرأة حل له وطؤها لما قلنا والله عز وجل أعلم وأما الذى يتعلق بحال نقصان المغصوب فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثانى فى بيان طريق معرفة النقصان أما الاول فنقول وبالله التوفيق اذا عرض فى يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المغصوب والعارض لا يخلو اما ان يكون بغير السعر واما أن يكون فوات جزء من المغصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فان كان بغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المغصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب بل لفتور يحدثه الله تعالى عز شأنه فى قلوب العباد لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المغصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون من غير أموال الربا واما ان يكون من أموال الربا فان كان من غير أموال الربا يكون مضمونا اذا لم يكن للمغصوب منه فيه صنع ولا اختيار لانه هلك بعض المغصوب صورة ومعنى أو معنى لا صورة وهلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المغصوب فى يد الغاصب بآفة سماوية أو لحقه زمانة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حمى أو مرض آخر انه يأخذه المولى ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه فى يد المولى أو أقلع الحمى رد على الغاصب ما أخذه منه بسبب النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو ابق المغصوب من يد الغاصب من عبد أو أمة اذا لم يكن ابق قبل ذلك أو زنت الجارية المغصوبة أو سرقت اذا لم تكن زنت قبل ذلك لفوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبا موجبة للرد فى باب البيع وجعل الآبق على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع وقال محمد رحمه الله يرجع (وجه) قوله ان الجعل من ضرورات رد المغصوب لان رد المغصوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد الا باعطاء الجعل فكان من ضرورات الرد فيكون عليه مؤنة الرد (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الجعل انما يجب بحق الملك والملك للمغصوب منه فيكون الجعل عليه كمداواة الجراحة ولو قتل العبد المغصوب أو الجارية المغصوبة فى يد الغاصب قتيلا أو جنى على حر أو عبد فى نفس أو ما دونها جناية رد الى مولاه ويقال له ادفعه بجنايته أو أفده لان الملك له ويرجع المولى على الغاصب بالاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان هذا الضمان انما وجب بسبب كان فى ضمانه ولو استهلك لرجل مالا يخاطب المولى بالبيع أو الفداء ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما أداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المغصوب نفسه فى يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لان قتله نفسه هدر فصار كموته حتف انفه ولو كان المغصوب أمة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الام ولا يضمن قيمة الولد لانه أمانة وكذلك اذا كبر المغصوب فى يد الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا أشابا فشاخ فى يد الغاصب أو جارية شابة فصارت

عجوزاً في يده ضمن النقصان لان الكبر يوجب فوات جزء أوصفة مرغوب فيها وكذلك اذا غصب جارية ناهداً فانكسر ثديها في يد الغاصب لان نهود الثديين صفة مرغوب فيها ألا يرى الى قوله عز وجل وكواعب أترابا وأما نبات اللحيـة للامرد فليس بمضمون لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال ألا ترى ان حلق اللحيـة يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبداً قارئاً فنسي القرآن العظيم أو محترفاً فنسي الحرفة يضمن لان العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيـه وأما حبـل الجارية المغصوبة بان غصب جارية فحبلت في يده فان كان المولى أحبلها في يد الغاصب لا شيء على الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصار كانه حصـل منه أو حدث في يده وان حبلت في يد الغاصب من زنا أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر الى ما نقصها الحبل والى أرش عيب الزنا فيضمن الاكثر و يدخل الاقل فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعا وروى عن محمد رحمه الله انه أخذ بالقياس (وجـه) القياس ان الحبل والزنا كل واحـد منهما عيب على حـدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرد بضمان على حدة (وجـه) الاستحسان ان الجمع بين الضمانين غير ممكن لان نقصان الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصانا بسبب على حدة حتى يفرد بحكم على حدة فلا بد من ايجاب أحدهما فاوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل في الاكثر ولا يتصور دخول الاكثر في الاقل فان ردها الغاصب حاملا فماتت في يد المولى من الولادة فبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة (وجه) قولهما ان الرد وقع صحيحا من الغاصب في القدر المردود وهو ماوراء الفائت بالحبل والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو ماتت بسبب آخر وكما لو باع جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نفاسها انه لا يرجع المشتري على البائع بشيء كذا هذا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان الموت حصـل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبـل أو الزنا لان ذلك أفضى الى الولادة والولادة أفضت الى الموت فكان الموت مضافا الى السبب السابق واذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين ان الرد لم يصح لانعدام شرط صحتـه وهو ان يكون الرد مثل الاخذ من جميع الوجوه فصار كانها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسألة البيع لان الواجب هناك هو التسليم ابتداء لا الرد وقد وجد التسليم فخرج عن العهدة و بخـلاف الحرة اذا زنا بها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن لانها غير مضمونة بالاخذ ليلزمه الرد على وجه الاخذ بخـلاف الامـة ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحـدث في يده و نقصها الضرب ضمـن الغاصب الاكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما ليس عليه الا نقصان الزنا (وجه) قولهما ان النقصان حصل في يد المالك بسبب آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان النقصان حصل بسبب كان في ضمان الغاصب فيضاف الى حـين وجود السبب في يد الغاصب بسبب وجـد في يده وهو الضرب فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو حصل في يد المالك فابو حنيفة رضي الله عنـه نظر الى وقت وجود السبب وهما نظرا الى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن اشترى عبداً فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري انه ينتقض العـقد و يرجع على البائع بكل القيمـة وكذلك لو كان سارقا فقطع في يده رجع بنصف الثمن اعتباراً للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم على الحال و يكون في ضمان المشتري و يرجع على البائع بنقصان العيب فان قيل كيف يضاف النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك السبب لم يوجب ضربا جارحا فكيف يضاف نقصان الجرح اليه ولهـذا قال أبو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا اذا رجعوا بعـد اقامة الجلدات انهم لا يضمنون بنقصان الجرح لان شهادتهم لم توجب ضربا جارحا فلم يضف نقصان الجرح اليها كذا هذا قيل له ان النقصان لا يضاف الى السبب

السابق

السابق ههنا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان ههنا لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان فى يد الغاصب ولا يستند اليه أثره فيصير كانها ضربت فى يد الغاصب فانجرحت عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن الغاصب كذا هذا وانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان النقصانين جميعا حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله تعالى أعلم ولو كانت الجارية المغصوبة سرقت فى يد الغاصب فردها على المالك فقطعت عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام فى هذه المسألة فى الطرفين جميعا على نحو الكلام فى المسألة الاولى الا ان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر نقصان القطع ههنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون أكثر من نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل فى الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون أكثر من نقصان الضرب لذلك اختلف اعتباره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حمت الجارية المغصوبة فى يد الغاصب فردها على المولى فماتت فى يده من الحمى التى كانت فى يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا ما نقصها الحمى فى قولهم جميعا لان الموت يحصل بالآلام التى لا تحتملها النفس وانها تحدث شيأ فشيأ الى ان يتناهى فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان فى ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محمومة أو حبلى أو بها جراحة أو مرض آخر سوى الحمى فماتت من ذلك فى يد الغاصب فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت فى يد المولى بحبل كان فى يد الغاصب حيث جعل هناك موتها فى يد المالك كموتها فى يد الغاصب ولم يجعل ههنا موتها فى يد الغاصب كموتها فى يد المالك (ووجه) الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان فى ضمان الغاصب وهو الحبل لانه يفضى اليه فاضيف اليه كانه حصل فى يده فتبين ان الرد لم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك ههنا ان حصل بسبب كان فى يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان فى ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك لا يمنع دخولها فى ضمان الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل الغاصب فاذا هلك فى يده تقرر الضمان لكن منقوصا عما بها من المرض ونحوه لانها لم تدخل فى ضمان الغصب الا كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سمينة فهزلت فى يد الغاصب ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سمينة فى يده فردها لا شئ عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كان لم يكن أصلا وكذا اذا قلعت سنها فى يده فنبتت فردها لانها لما نبتت ثانيا جعل كانها لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها فى يده فردها مع الارش لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة انه مضمون على الغاصب لفوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان له جابر فينعدم الفوات من حيث المعنى وجملة الكلام فى الجارية المغصوبة اذا نقصتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام أو الولد جميعا قائمين فى يد الغاصب واما ان هلكا جميعا فى يده واما ان هلك أحدهما وبقى الآخر فان كانا قائمين ردهما على المغصوب منه ثم ينظر ان كان فى قيمة الولد وفاء لنقصان الولادة انجبر به ولا شئ على الغاصب وان لم يكن فى قيمته وفاء بالنقصان انجبر بقدره وضمن الباقى استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله ولو لم يكن فى الولد وفاء بالنقصان وقت الرد ثم حصل به وفاء بعد الرد لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل فى ضمان الغاصب فلا تصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حائلا فحملت فى يد الغاصب فردها الى المالك فولدت عنده ونقصتها الولادة وفى الولد وفاء لا يضمن الغاصب شيأ خلافا لزفر رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا بيعت بيعا فاسدا أو هى حامل فولدت فى يد المشترى ونقصتها الولادة وفى الولد وفاء فرد المشترى الجارية مع الولد الى البائع انه لا يضمن شيأ خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فحال عليها الحول وقيمتها ألف درهم فولدت فنقصتها الولادة مائتى درهم وفى الولد وفاء بالنقصان انه يبقى الواجب فى جميع الالف ولا يسقط منه شئ وعند

زفر رحمه الله يبقى فيما وراء النقصان و يسقط بقدره (وجه) قول زفر رحمه الله فى مسألة الغصب انه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان جبراله لان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت وقد حصل الفوات فلابد له من جابر والولد لا يصلح جابراله لان الفائت ملك المغصوب منه والولد ملكه أيضا ولا يعقل ان يكون ملك الانسان جابرا لملكه فلزم جبره بالضمان (ولنا) ان هذا نقصان صورة لا معنى فلا يكون مضمونا كنقصان السن والسمن والقطع وقدم والدليل على ان هذا ليس نقصانا معنى ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل الفائت فالسبب الذى فوت أفاد له مثله من حيث المعنى فلم يحصل الفوات الا من حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة فى ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله ان جبر ملكه بملكه غير معقول لان ماذكرنا يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى فيمتنع تحقق الفوات من حيث المعنى فلا حاجة الى الجابر وان هلكا جميعاً فى يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب لتحقق الغصب فيها ولم يضمن قيمة الولد عندنا لانه غير مغصوب وعند الشافعى رحمه الله يضمن لوجود الغصب فيه وقد مرت المسئلة فى صدر الكتاب وان كان الغاصب قتل الولد أو باعه ضمن قيمته مع قيمة أمه لان الولد ان كان أمانة فى يد الغاصب عندنا فالامانة تصير مضمونة بوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بينا فيما تقدم فان كانت قيمة الام الف درهم فنقصتها الولادة مائة درهم والولد يساوى مائتين ضمن قيمة الام يوم الغصب الف درهم وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم يدخل ذلك النصف فى قيمة الام وان شئت ضمنته قيمة الام يوم ولدت وقيمة الولد بامه وكل ذلك سواء لان النقصان اذا انجبر بالولد كان الواجب من الضمان فى الحاصل الف ومائة فان اعتبرت قيمة الام تامة بقى نصف قيمة الولد وان اعتبرت قيمة الام تسعمائة بقى كل قيمة الولد وان هلك أحدهما و بقى الآخر فان هلك الولد قبل الرد رد الام وضمن نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد عندنا لانه هلك أمانة فان هلكت الام و بقى الولد ضمن قيمة الام يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الام بالولد وان كان فى قيمة الولد وفاء بقيمة الام بخلاف ضمان النقصان انه يجبر بالولد لان الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم توجد ههنا لان الولادة سبب لحصول الولد وليست سبباً لهلاك الام لانها لا تفضى الى الهلاك غالباً فلم يتحد السبب فيتعذر الجبر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه ان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان غير ان النقصان ان كان يسيراً لا خيار للمغصوب منه وليس له الا ضمان النقصان لان ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وان كان فاحشاً بان قطعه قباء أو قميصا فهو بالخيار ان شاء أخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع وان شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب ألا ترى انه لا يصلح لما كان يصلح له قبل القطع فكان استهلاكا له من وجه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر فى الاصل وسواء سلخها الغاصب وأربها أولا بعد ان لم يكن شواها ولا طبخها وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه ان شاء أخذ الشاة ولا شىء له غيرها وان شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب (وجه) هذه الرواية ان ذبح الشاة ان كان نقصانا صورة فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود من الشاة اللحم والذبح وسيلة الى هذا المقصود فلم يكن نقصانا بل كان زيادة حيث رفع عنه مؤنة الوسيلة فكان الغاصب محسنا فى الذبح وقد قال الله تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل فاذا اختار أخذ اللحم لا يلزمه شىء آخر الا انه ثبت له خيار الترك عليه و يضمنه القيمة لفوات مقصود ما فى الجملة (وجه) رواية الاصل ان الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد أخر من الدر والنسل والتجارة فكان الذبح تفويتاً لبعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصا لها واستهلاكا من وجه فيثبت له خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كما فى مسألة الثوب وعلى هذا

الاصل

الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم أو من ذوات الامثال و نقلها الى بلدة أخرى فالتقيا والعين في يد الغاصب وقيمتها في ذلك المكان أقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب منه ان يطالبه في ذلك المكان بقيمتها التي في مكان الغصب لان قيم اعيان تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان وقيمتها فيه أقل من قيمتها في مكان الغصب فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو أجبر على أخذ العين لتضرر به من جهة الغاصب فيثبت له الخيار ان شاء طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب وان شاء انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف ما اذا وجده في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون له خيار لان النقصان هناك ما حصل بصنعه لانه حصل بتغير السعر ولا صنع للعبد في ذلك بل هو محض صنع الله عز وجل أعني مصنوعه فلم يكن مضمونا عليه ولو كانت قيمة العين في المكان المنقول اليه مثل قيمتها في مكان الغصب أو أكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان الحكم الاصلي للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير الى القيمة لدفع الضرر وههنا يمكن الوصول الى العين من غير ضرر يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم أو دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان الدراهم والدنانير جعلت أثمان الاشياء ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل ومؤنة لعزتها وقلتها عادة فلم يكن النقل نقصانا لها باختلاف الاماكن للحاجة الى الحمل والمؤنة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة وله ان يطالبه برد عينها لانه هو الحكم الاصلي للغصب والمصير الى القيمة لعارض العجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا فان كانت من ذوات القيم أخذ قيمتها التي كانت وقت الغصب لانها اذا هلكت تبين ان الغصب السابق وقع اتلافا من حين وجوده والحكم يثبت من حين وجود سببه وان كان من ذوات الامثال ينظر ان كان سعرها في المكان الذي التقيا فيه أقل من سعرها في مكان الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القيمة التي للعين في مكان الغصب وان شاء انتظر ولا يجبر على أخذ المثل في هذا المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشياء التي لها حمل ومؤنة يختلف باختلاف المكان لمكان الحمل والمؤنة فالجبر على الاخذ في هذا المكان يكون اضرارا به فيثبت له الخيار ان شاء أخذ القيمة وان شاء انتظر كما لو كانت العين قائمة وقيمتها في هذا المكان أقل وان كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على أحد وان كانت قيمتها في مكان الخصومة أكثر من قيمتها في مكان الغصب فالغاصب بالخيار ان شاء أعطى المثل في مكان الخصومة وان شاء أعطى القيمة في مكان الغصب لان في الزام تسليم المثل في مكان الخصومة ضررا بالغاصب وفي التأخير الى العود الى مكان الغصب ضررا بالمغصوب منه فيسلم اليه في هذا المكان القيمة التي له في مكان الغصب الا ان يرضى المغصوب منه بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المغصوب من أموال الربا لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمكيلات والموزونات فانتقص في يد الغاصب بصنعه أو بغير صنعه فليس للمغصوب منه أن يأخذه منه ويضمنه قيمة النقصان لانه يؤدي الى الربا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فعفنت في يد الغاصب أو ابتلت أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان شاء أخذها بعينها ولا شيء له غيرها وان شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصبت وليس له ان يأخذها ويضمنه النقصان وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله له ذلك بناء على ان الجودة بانفرادها لا قيمة لها في أموال الربا عندنا وعنده لها قيمة والمسألة مرت في كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولانها اذا لم تكن متقومة تؤدي الى الربا ولو غصب درهما صحيحا أو دينارا صحيحا فانكسر في يده أو كسره ان كان في موضع لا يتفاوت الصحيح والمكسر في القيمة لا شيء على الغاصب وان كان في موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه وضمنه مثل ما أخذ وليس له ان يأخذه بعينه ويضمنه

النقصان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله بناء على الاصل الذي ذكرنا وان كان المغصوب اناء فضة أو ذهب فانهشم في يد الغاصب أو هشمه فالمالك بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بانفرادها فاما مع الاصل فمتقومة خصوصا اذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لانه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الى تضمينه بجنسه لانه يؤدي الى الربا فلزم تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك ايجاب المثل ممكن وهو الاصل في الباب فلا يعدل عن الاصل من غير ضرورة ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم تفرقا قبل التقابض من الجانبين لا يبطل القضاء عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر رحمه الله يبطل لانه صرف وكذلك آنية الصفر والنحاس والشبة والرصاص ان كانت تباع وزنا فهي وآنية الذهب والفضة سواء لانها اذا كانت تباع وزنا لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من أموال الربا كالذهب والفضة فاذا انهشمت في يد الغاصب نفسه أو غيره فحدث فيها عيب فاحش أو يسير ان شاء أخذه كذلك ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه بالقيمة من الدراهم والدنانير ولا يكون التقابض فيه شرطا بالاجماع وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون اذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن وان كانت تباع عددا فانكسرت أو كسرت ان كان ذلك لم يورث فيه عيبا فاحشا فليس لصاحبه فيه خيار الترك ولكنه يأخذها ويضمنه نقصان القيمة وان كان أورث عيبا فاحشا فصاحبها بالخيار ان شاء أخذها وأخذ قيمة النقصان وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها صحيحا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا في يده أو لبنا حليبا فصار مخيضا أو عنبا فصار زبيبا أو رطبا فصار تمرا ان المغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره لان هذه من أموال الربا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها متقومة فلا تكون متقومة وان شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما تقدم وأما طريق معرفة النقصان فهو ان يقوم صحيحا ويقوم وبه العيب فيجب قدر ما بينهما لانه لا يمكن معرفة قدر النقصان الا بهذا الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول وبالله التوفيق اذا احدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب فالزيادة لا تخلو اما ان كانت منفصلة عن المغصوب واما ان كانت متصلة به فان كانت منفصلة عنه أخذها المغصوب منه مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن والصوف أو ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر أو غير متولدة منه أصلا كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها لان المتولد منها نماء ملكه فكان ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكا له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه وأما بدل المنفعة وهو الاجرة بان آجر الغاصب المغصوب يملكه الغاصب عندنا ويتصدق به خلافا للشافعي رحمه الله بناء على ان المنافع ليست باموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف وانما يتقوم بالعقد وانه وجد من الغاصب وعنده هي أموال متقومة بانفسها مضمونة بالغصب والاتلاف كالاعيان وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم وان كانت متصلة به فان كانت متولدة كالحسن والجمال والسمن والكبر ونحوها أخذها المالك مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب لانها نماء ملكه وان كانت غير متولدة منه ينظر ان كانت الزيادة عين مال متقوم قائم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان لم تكن عين مال متقوم قائم أخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب وان كانت عين مال متقوم ولكنه ليس بتبيع للمغصوب بل هي أصل بنفسها تزول عن ملك المغصوب منه وتصير ملكا للغاصب للضمان وبيان هذا في مسائل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه أحمر أو اصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الالوان سوى السواد فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد الصبغ فيه اما ولاية اخذ الثوب فلان الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه واما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلان للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل الى ابطال

ملكه

ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية للجانبين وان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب اذ لا يمكنه اخذه الا بضمان وهو قيمة مازاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث وهو ان له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ فيه للغاصب فيباع الثوب و يقسم الثمن على قدر حقهما كما اذا انصبغ لا بفعل أحد لان الثوب ملك المغصوب منه والصبغ ملك الغاصب والتمييز متعذر فصارا شريكين فى الثوب فيباع الثوب و يقسم الثمن بينهما على قدر حقهما وانما كان الخيار للمغصوب منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك أيضاً وهو الصبغ لان الثوب أصل والصبغ تابع له فتخيير صاحب الاصل أولى من ان يخير صاحب التبع وليس للغاصب ان يحبس الثوب بالعصفر لانه صاحب تبع وان صبغه اسود اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله صاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب ولا شئ للغاصب بل يضمنه النقصان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد وسائر الالوان سواء وهذا بناء على أن السواد نقصان عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما زيادة كسائر الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم فى الحقيقة وجواب أبى حنيفة رحمه الله فى سواد ينقص وجوابهما فى سواد يزيد وقيل كان السواد يعد نقصاناً فى زمنه و زمنهما كان يعد زيادة فكان اختلاف زمان والله سبحانه وتعالى أعلم وأما العصفر اذا نقص الثوب بأن كانت قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان فى ثوب يزيد هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان كان يزيده قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة الثوب أبيض ثلاثين درهما وان شاء أخذ الثوب وأخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا قال محمد رحمه الله لان العصفر نقص من هذا الثوب عشرة دراهم الا أن يقدر خمسة فيه صبغ فانجبر نقصان الخمسة به أو صارت الخمستان قصاصاً و بقى نقصان خمسة دراهم فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو صبغ الثوب المغصوب بعصفر نفسه و باعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضى له بالثوب و يستوثق منه بكفيل أما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلما ذكرنا ان الثوب أصل والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب أصل فكان اعتبار جانبه أولى وأما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين مال متقوم قائم ولو وقع الثوب المغصوب فى صبغ انسان فصبغ به أو هبت الريح بثوب انسان فالقته فى صبغ غيره فانصبغ به فان كان الصبغ عصفراً أو زعفراناً فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه لما مر وان شاء امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض لان حقه فى الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ فى الثوب وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه لان حقه فى الصبغ القائم فى الثوب لا فى الصبغ المنفصل وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سواداً أخذه صاحب الثوب ولا شئ عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصباً لان النقصان حصل فى ضمانه وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما حكمه حكم سائر الالوان على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك السمن يخلط بالسويق المغصوب أو يخلط به فالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصل والسمن كالتابع له ألا ترى انه يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت وأما العسل اذا خلط بالسمن أو اختلط به فكلاهما أصل واذا خلط المسك بالدهن أو اختلط به فان كان يزيد الدهن و يصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهنا لا يصلح بالخلط ولا تزيد قيمته كالادهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب من انسان ثوبا ومن انسان صبغاً فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغا مثل صبغه لانه أتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل فبعد ذلك حكمه

وحكم ما اذا اصبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سواء لانه ملك الصبغ بالضمان وقد بينا ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن آخر صبغا فصبغه فيه ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل أحد سواء استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل (وجه) القياس ماذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتلاف منه فملكه بالضمان وزال عنه ملك صاحبه (وجه) الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف لا يمكن اعتبار فعله فى ادارة الحكم عليه فيجعل كانه حصل لا بصبغ أحد ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه به فالمغصوب منه يأخذ الثوب مصبوغا ويبرئ الغاصب من الضمان فى العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب عصفرا مثله ثم يصير كانه صبغ ثوبه بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه أتلف عليه عصفره وملكه بالضمان فهذا رجل صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب (وجه) الاستحسان ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط مال المغصوب منه بماله وخلط مال الانسان بماله لا يعد استهلاكا له بل يكون نقصانا فاذا اختار أخذ الثوب فقد أبرأه عن النقصان ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذاه كما يأخذ الواحد ان لو كانا له فليس لهما ذلك لان المالك ههنا اختلف فكان الخلط استهلاكا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب انسان عصفرا وصبغ به ثوب نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله مثل فيضمن مثله وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لان الثوب أصل والعصفر تبع له والسواد فى هذا بمنزلة العصفر فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه أيضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها فى حكم ضمان الاستهلاك سواء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعطه ما زاد التجصيص فيها الا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب جصه لان للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض. فيخير صاحب الدار لانه صاحب أصل فان شاء أخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضى بأن يأخذ جصه ولو غصب مصحفا فنقطه روى عن أبى يوسف رحمه الله أن لصاحبه أخذه ولا شئ عليه وقال محمد رحمه الله صاحبه بالخيار ان شاء أعطاه ما زاد النقط فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط (وجه) قوله ان النقط زيادة فى المصحف فأشبه الصبغ فى الثوب (وجه) ما روى عن أبى يوسف أن النقط أعيان لا قيمة لها فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم قائم بقى بمجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد ولان النقط فى المصحف مكروه ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال جردوا القرآن واذا كان التجريد مندوبا اليه كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف أخذه ولو غصب حيوانا فكبر فى يده أو سمن أو ازدادت قيمته بذلك فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وانما الزيادة نماء ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ أو صح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك بما نفق لانه أنفق على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا اطلع فابره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء للغاصب فيما أنفق لما قلنا ولو كان حصد الزرع فاستهلكه أو جد من الثمر شيأ أو جز الصوف أو حلب كان ضامنا لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا فقتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء للغاصب لانه ليس للغاصب عين مال متقوم قائم فيه أما الفتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة (وأما) الغسل فانه ازالة الوسخ عن الثوب واعادة له فى الحالة الاولى والصابون أو الحرض فيه يتلف ولا يبقى وأما القصارة فانها تسوية أجزاء الثوب فلم يحصل فى المغصوب زيادة عين مال متقوم قائم فيه ولو غصب من مسلم خمرا فخللها فلصاحبها أن يأخذ الخل من غير شيء لان الخل ملكه لان الملك كان ثابتا له فى الخمر واذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم لان الملح الملقى فى الخمر يتلف فيها فصار كما لو تخللت بنفسها فى يده ولو كان كذلك لاخذه من غير شيء كذا

هذا

هذا وقيل موضوع المسئلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشىء له قيمة وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه انه ان دبغه بشىء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا شىء عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه و بعد ماصار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا أخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فأخذ جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالقاء فى الطريق اباحة للاخذ كالقاء النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعد مادبغه بشىء لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب بالغصب السابق واما ان يجب بالاتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل الى الثانى لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ و بعد ماصار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه لا حق له فيه يوجب الضمان ولو دبغه بشىء متقوم كالقرظ والعفص ونحوهما فلصاحبه أن يأخذه و يغرم له مازاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك فى يده بعد مادبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه وذكر فى ظاهر الرواية أن على قولهما يضمن قيمته مدبوغا و يعطيه المالك مازاد الدباغ فيه وذكر الطحاوى رحمه الله فى مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ (وجه) قولهما انه أتلف مالا متقوما مملوكا بغير اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه بشىء لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك أما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما (وأما) الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ و بعده بقى على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب الضمان عليه لان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان ولان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لانه حصل بالدباغ ومازاد الدباغ مضمون فيه فكذا ما هو تابع له يكون ملحقا به والمضمون ببدل لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه بشىء لا قيمة له لان هناك مازاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الاصل فلا يلحق به غيره وان كان الجلد ذكيا فدبغه فان دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه ان يأخذه ولا شىء عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له ان يضمن الغاصب شيأ لان الجلد قائم لم ينتقص ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه مازاد الدباغ فيه لما ذكرنا فى الثوب المغصوب اذا صبغه أصفر أو أحمر بصبغ نفسه ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد أديما أو زقا أو دفترا أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيأ آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكا له معنى ثم ان كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كان ميتة فلا شىء ولو غصب عصير المسلم فصار خمرا فى يده أو خلا ضمن عصيرا مثله لانه هلك فى يده بصيرورته خمرا أو خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا قال الغاصب هلك المغصوب فى يدى ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فان القاضى يحبس الغاصب مدة لو كان قائما لاظهره فى تلك المدة ثم يقضى عليه بالضمان لما قلنا فيما تقدم ان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فما لم يثبت العجز عن الاصل لا يقضى بالقيمة التى هى خلف ولو اختلفا فى أصل الغصب أو فى جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو صفته أو قيمته وقت الغصب فالقول فى ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه يدعى عليه الضمان وهو ينكر فكان القول قوله

اذ القول فى الشرع قول المنكر ولو أقر الغاصب بما يدعى المغصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الا ببينة لان الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجود الضمان منه فهو بقوله رددت عليك يدعى ناسخ السبب فلا يصدق من غير بينة وكذلك لو ادعى الغاصب ان المغصوب منه هو الذى أحدث العيب فى المغصوب لا يصدق الا ببينة لان الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه فى ضمانه فهو يدعى احداث العيب من المغصوب منه ويدعى خروج بعض اجزائه عن ضمانه فلا يصدق الا ببينة ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب الدابة ونفقت عنده وأقام الغاصب البينة انه ردها اليه وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه لان من الجائز ان شهود المغصوب منه اعتمدوا فى شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الامر على ظاهر بقاء المغصوب فى يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا فى شهادتهم بالرد حقيقة الامر وهو الرد لانه أمر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما فى شهود الجرح مع شهود التزكية وروى عن أبى يوسف رحمه ان الغاصب ضامن والله تعالى أعلم ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب منه هذا العبد ومات عنده وأقام الغاصب البينة ان العبد مات فى يد مولاه قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لان موته فى يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقت بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود المغصوب منه ولان من الجائز ان شهود الغاصب اعتمدوا استصحاب الحال وهو حال اليد التى كانت عليه للمولى لجواز انهم علموها ثابتة ولم يعلموا بالغصب وظنوا تلك اليد قائمة فاستصحبوها وشهود المغصوب منه اعتمدوا فى شهادتهم تحقق الغصب فكانت شهادتهم أولى بالقبول ولو أقام المغصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب لان بينة الغاصب لا يتعلق بها حكم فالتحقت بالعدم فبقيت بينة المغصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد رحمه الله فى الاملاء اذا أقام الغاصب البينة أنه مات فى يد المغصوب منه وأقام المغصوب منه البينة أنه مات فى يد الغاصب فالبينة بينة الغاصب لما ذكرنا ان بينته قامت على اثبات أمر لم يكن وهو الرد وبينة المغصوب منه قامت على ابقاء ما كان على ما كان وهو الغصب فكانت بينة الرد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقام المغصوب منه البينة ان الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه فالبينة بينة المغصوب منه وعلى الغاصب القيمة لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغصوب منه لانها قامت على رد المغصوب ومن الجائز أنه ردها ثم غصبها ثانياً وركبها فنفق فى يده فأمكن الجمع بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب قتلها وشهد شهود الغاصب أنه ردها اليه لما قلنا كما اذا قال رجل لآخر غصبنا منك الفاً ثم قال كنا عشرة قال أبو يوسف رحمه الله لا يصدق وقال زفر رحمه الله يصدق (وجه) قوله ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ واجب وفى الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق (وجه) قول أبى يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما أمكن وههنا لا يمكن لان قوله غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو عملنا بحقيقته لالغينا كلامه ولا شك ان العمل بالمجاز أولى من الالغاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما مسائل الاتلاف فالكلام فيها ان الاتلاف لا يخلو اما ان ورد على بنى آدم واما ان ورد على غيرهم من البهائم والجمادات فان ورد على بنى آدم فحكمه فى النفس ومادونها نذكره فى كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى وان ورد على غير بنى آدم فانه يوجب الضمان اذا استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان كونه سببا لوجوب الضمان وفى بيان شروط وجوب الضمان وفى بيان ماهية الضمان الواجب (أما) الاول فلا شك ان الاتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب لان اتلاف الشىء اخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتداء واضرار وقد قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

مااعتدى عليكم وقال عليه الصلاة والسلام لاضرر ولااضرار فى الاسلام وقد تعذر نفى الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفى الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالاتلاف أولى لانه فى كونه اعتداء واضراراً فوق الغصب فلما وجب بالغصب فلان يجب بالاتلاف أولى سواء وقع اتلافاله صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع أومعنى باحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه فى نفسه حقيقة لان كل ذلك اعتداء واضرار وسواء كان الاتلاف مباشرة بايصال الآلة بمحل التلف أو تسبيباً بالفعل فى محل يفضى الى تلف غيره عادة لان كل واحد منهما يقع اعتداء واضراراً فيوجب الضمان وبيان ذلك فى مسائل اذاقتل دابة انسان أوأحرق ثوبه أوقطع شجرة انسان أوأراق عصيره أوهدم بناءه ضمن سواء كان المتلف فى يدالمالك أوفى يدالغاصب لتحقق الاتلاف فى الحالين غيران المغصوب ان كان منقولا وهو فى يدالغاصب يخير المالك ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لانه ملك المغصوب بالضمان فتبين ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف لا يرجع بالضمان على أحد وان كان عقاراً ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله الجواب فيه وفى المنقول سواء بناء على ان العقار غيرمضمون بالغصب عندهما وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أيهما شاء كما فى المنقول وكذلك اذا نقص مال انسان بما لا يجرى فيه الربا ضمن النقصان سواء كان فى يد المالك أوفى يدالغاصب لان النقص اتلاف جزء منه وتضمينه ممكن لانه لا يؤدى الى الربا فيضمن قدرالنقصان بخلاف الاموال الربوية على مامر غيران النقصان ان كان بفعل غيرالغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذى نقص وان شاء ضمن الذى نقص وهو لا يرجع على أحد لما قلنا ولوغصب عبداً قيمته ألف درهم فازداد فى يدالغاصب حتى صارت قيمته ألفين فقتله انسان خطأ فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمن القاتل قيمته وقت القتل ألفين لانه وجد سببا وجوب الضمان الغصب والقتل والزيادة الحادثة فى يدالغاصب غير مضمونة بالغصب وهى مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب ألفاً والقاتل ألفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على أحد وان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بالفين ويتصدق بالفضل على الالف وأما الرجوع عليهم بالفين فلانه ملك المغصوب بالضمان فتبين أن القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته وأما التصدق بالفضل على الالف فلتمكن الخبث فيه لاختلال الملك وينبغى ان يكون هذا على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اظهر فأما على أصل أبى يوسف رحمه الله فالفضل طيب له ولا يلزمه التصدق به وان قتله الغاصب بعد الزيادة خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب قيمته يوم الغصب الف درهم وان شاء ضمن عاقلته قيمته يوم القتل الفى درهم وهو الصحيح بخلاف المغصوب اذا كان حيوانا سوى بنى آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب ألف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله وقد بيناله الفرق بينهما فيما تقدم ولوقتل العبد نفسه فى يدالغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألفاً لان قتله نفسه يهدر فيلحق بالعدم كانه مات بنفسه ولوكان كذلك يضمن قيمته يوم الغصب ألف درهم كذا هذا ولو كانت الجارية ولدت ولدا فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها يوم الغصب ألف درهم وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها هدر ولا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف أنفه فهلك أمانة وبقيت الام مضمونة بالغصب ولوأودع رجلان رجلا كل واحد منهما الف درهم فخلط المستودع أحد الالفين بالآخر خلطاً لا يتميز ضمن لكل واحد منهما ألفاً وملك المخلوط فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان الخلط وقع اتلافا معنى وعندهما هما بالخيار بين أن يأخذا ذلك ويقتسماه بينهما وبين أن يضمناه والمسئلة مرت فى كتاب الوديعة ثم قال محمد رحمه الله ولا يسع المودع أكل هذه الدراهم حتى يؤدى مثلها الى أصحابها وهذا صحيح لا خلاف فيه

لان عندهما لم ينقطع حق المالك وعند أبى حنيفة رحمه الله انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه خبث فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه ولوان رجلا له كران اغتصب رجل أحدهما أوسرقه ثم ان المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الآخر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كر الغصب ولم يضمن كر الوديعة بسبب الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط و بقى الكر المضمون وكر الامانة فى يده على حالهما فصار كانهما هلكا قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمغصوب منه أسوة الغرماء لانه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها وصارا شريكين لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز والله عز وجل أعلم ولو صب ماء فى طعام فى يد انسان فافسده و زاد فى كيله فلصاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه طعاما مثله ولا يجوز أن يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ماء فى دهن أو زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الماء لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء فيه لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله والله تعالى أعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن فى قولهما وقال محمد رحمه الله يضمن وقال الشافعى رحمه الله ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم طار لا يضمن (وجه) قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتلافا للطير تسبيبا لان الطيران للطير طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان كما اذا شق زق انسان فيه دهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعى رحمه الله أيضا الا انه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافا الى الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان (وجه) قولهما ان الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبيبا (أما) المباشرة فظاهرة الانتفاء (وأما) التسبيب فلان الطير مختار فى الطيران لانه حى وكل حى له اختيار فكان الطيران مضافا الى اختياره والفتح سببا محضا فلا حكم له كما اذا حل القيد عن عبد انسان حتى ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذى فيه دهن مائع لان المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع الا على نقض العادة فكان الفتح تسبيبا للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا حل رباط الدابة أو فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وقالوا اذا حل رباط الزيت انه ان كان ذائبا فسال منه ضمن وان كان السمن جامدا فذاب بالشمس و زال لم يضمن لما ذكرنا ان المائع يسيل بطبعه اذا وجد منفذا بحيث يستحيل استمساكه عادة فكان حل الرباط اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المائع لا طبع الجامد وهو وان صار مائعا لكن لا بصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافا اليه لا مباشرة ولا تسبيبا فلا يضمن والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبيا صغيرا حرا من أهله فعقره سبع أو نهشته حية أو وقع فى بئر أو من سطح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبيبا لانه كان محفوظا بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته آفة فقد ضيعه فكان ذلك منه اتلافا تسبيبا والحر ان لم يكن مضمونا بالغصب يكون مضمونا بالاتلاف مباشرة كان أو تسبيبا ولو قتله انسان خطأ فى يد الغاصب فلاوليائه أن يتبعوا أيهما شاؤا الغاصب أو القاتل (أما) القاتل فلوجود الاتلاف منه مباشرة (وأما) الغاصب فلوجود الاتلاف منه تسبيبا لما ذكرنا والتسبب ينزل منزلة المباشرة فى وجوب الضمان كحفر البئر على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع شهود القصاص ضمنوا فان اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغصب باداء الضمان قام مقام المستحق فى حق ملك الضمان وان تعذر أن يقوم مقامه فى حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر فى يده

واختار

واختار المالك تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب ضامن و يرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قلنا ولو قتله انسان فى يد الغاصب عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاؤا اقتلوا القاتل و برئ الغاصب وان شاؤا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته و يرجع عاقلة الغاصب فى مال القاتل عمداً ولا يكون لهم القصاص (أما) ولاية القصاص من القاتل فلوجود القتل العمد الخالى عن الموانع (وأما) ولاية اتباع الغاصب بالدية فلوجود الاتلاف منه تسبيبا على ما بينا فان قتلوا القاتل برئ الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية فى نفس واحدة فى قتل واحد وان اتبعوا الغاصب فالدية على عاقلته ترجع عاقلته على مال القاتل ولا يكون لهم أن يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ملكالهم باداء الضمان اذ هو لا يحتمل التمليك فلم يقم الغاصب مقام الولى فى ملك القصاص فسقط القصاص و ينقلب مالا والمال يحتمل التمليك فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولى فى ملك المال ولو قتل الصبى انسانا فى يد الغاصب فرده على الولى وضمن عاقلة الصبى لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشىء لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الى ايجاب ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسبيبا بجناية غيره عليه لا بجنايته على غيره ولو قتل الصبى نفسه أو أتى على شىء من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك أو أركبه الغاصب دابة فالقى نفسه منها فالغاصب ضامن عند أبى يوسف وعند محمد لا يضمن وجه قول محمد أن فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كانه مات حتف انفه أو سقطت يده با ٓفة سماوية ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب ولهذا لو جنى على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول أبى يوسف أن الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة أو تسبيبا وقد وجد التسبيب من الغاصب حيث ترك حفظه عن أسباب الهلاك فى الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسبيبا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبى بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يعتبر فلا يمكن ايجابه على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب مدبرا فمات فى يده ضمن بالاجماع ولو غصب أم ولد فماتت فى يده من غير آفة لم يضمن عند أبى حنيفة وقد ذكرنا المسألة فى موضعها ولو ماتت فى يده با ٓفة على الوجه الذى بينا أنه يضمن فى الصبى الحر فان الغاصب يغرم قيمتها حالة فى ماله لوجود الاتلاف منه تسبيبا وأم الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان فى الصبى الحر ففى أم الولد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب هذا الضمان فمنها أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع ومنها أن يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا لسقوط تقوم الخمر والخنزير فى حق المسلم ولو أتلف مسلم أو ذمى على ذمى خمرا أو خنزيرا يضمن عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والدلائل مرت فى مسائل الغصب ولو أتلف ذمى على ذمى خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما أما فى الخنزير فلا يبرأ المتلف عن الضمان الذى لزمه سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما جميعا لان الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانها دراهم أو دنانير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنانير (وأما) فى الخمر فان أسلما جميعا أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالاجماع ولو أسلم المطلوب أولا ثم أسلم الطالب أولم يسلم ففى قول أبى يوسف وهو روايته عن أبى حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو أسلم الطالب وعند محمد و زفر وعافية بن زيد القاضى وهو روايتهم عن أبى حنيفة لا يبرأ المطلوب و يتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمتها للذمى فكذا اذا أتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع ولو كسر على انسان بربطا أو طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا عند أبى حنيفة رحمه الله وذكر فى المنتقى خشبا ألواحا وعندهما

لا يضمن وجه قولهما ان هذا آلة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر ولابى حنيفة رحمه الله أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالا متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو أراق لانسان مسكرا أو منصفا فهو على هذا الاختلاف والمسألة قد ذكرناها فى كتاب البيوع ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لانه لا قيمة لنقش التماثيل لان نقشها محظور وان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تمثالا بلا رأس ألا ترى انه ليس بمحظور فكان النقش منقوشا ولو أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا لان التمثال على البساط ليس بمحظور لان البساط يوطأ فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا مصورا ضمن قيمة البيت والصور غير مضمونة لان الصور على البيت لا قيمة لها لانه محظور فاما الصبغ فمتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء لا قيمة له لانه محظور وهذا اذا كان الغناء زيادة فى الجارية فاما اذا كان نقصانا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا تخرج المباحات التى ليست بمملوكة لاحد لانها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذ التقوم يبنى على العزة والحظر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلاء (وأما) المباح المملوك وهو مال الحربى فلا يجب الضمان باتلافه أيضا وان كان متقوما فقد شرط آخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت قلت ومنها أن يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التى لا يملكها أحد والتخريج على شرط التقوم أصح لان كون الشئ مملوكا فى نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا أرض بين شريكين زرعها أحدهما وتراضيا على ان يعطى الذى لم يزرع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو (اما) ان كان الزرع نبت (واما) ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جائز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا يدرى ما بقى تحت الارض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع وطلب الذى لم يزرع القسمة قسم وأمر الذى زرع ان يقلع ما فى نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفريغه وتضمينه نقصان الزراعة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه حتى لو أتلفت مال انسان بهيمة لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدرا ولا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه ومنها أن يكون فى الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ولا على الحربى باتلاف مال المسلم فى دار الحرب وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلف مال الباغى ولا على الباغى اذا أتلف مال العادل لانه لا فائدة فى الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا أن الصبى مأخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف فى حقه وكذا يجب الضمان بتناول مال الغير حال المخمصة مع اباحة التناول وكذا كسر آلات الملاهى مباح وهى مضمونة بالاتلاف عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يلزم اذا أتلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله عز شأنه أعلم وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أتلف مالا على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره ضمن لان الاتلاف أمر حقيقى لا يتوقف وجوده على العلم كما فى الغصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا لما ذكرنا فى مسائل الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ماهية الضمان الواجب باتلاف ماسوى بنى آدم فالواجب به ما هو الواجب بالغصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مثليا وضمان القيمة ان كان مما لا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب العمل بالمثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما فى الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الحجر والحبس ﴾

فى هذا الكتاب فصلان فصل فى الحجر وفصل فى الحبس أما الحجر فالكلام فيه يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان أسباب الحجر والثانى فى بيان حكم الحجر والثالث فى بيان ما يرفع الحجر (أما) الاول فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة ماله رابع الجنون والصبا والرق وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى والسفه والتبذير ومطل الغنى وركوب الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة والاقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضا فيجرى عندهم فى السفيه المفسد للمال بالصرف الى الوجوه الباطلة وفى المبذر الذى يسرف فى النفقة و يغبن فى التجارات وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه اذا ظهر مطله عند القاضى وطلب الغرماء من القاضى ان يبيع عليه ماله و يقضى به دينه وفيمن ركبته الديون وله مال نخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الامر الى القاضى وطلبوا منه أن يحجر عليه أو خافوا ان يلجئ أمواله فطلبوا من القاضى أن يحجره عن الاقرار الا للغرماء فيجرى الحجر فى هذه المواضع عندهم وعنده لا يجرى وما روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه كان لا يجرى الحجر الا على ثلاثة المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس وليس المراد منه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب فى الفتوى جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما أراد به الحجر حقيقة وانما أراد به المنع الحسى أى يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر لان المفتى الماجن يفسد أديان المسلمين والطبيب الجاهل يفسد أبدان المسلمين والمكارى المفلس يفسد أموال الناس فى المفازة فكان منعهم من ذلك من باب الامر بالمعرف والنهى عن المنكر لا من باب الحجر فلا يلزمه التناقض بحمد الله تعالى عز شأنه ولو حجر القاضى على السفيه ونحوه لم ينفذ حجره عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر ههنا محل الاجتهاد لان الحجر من القاضى قضاء منه وقضاء القاضى فى المجتهدات انما ينفذ و يصير كالمتفق عليه اذا لم يكن نفس القضاء محل الاجتهاد فاما اذا كان فلا بخلاف سائر المجتهدات التى لا يرجع الاجتهاد فيها الى نفس القضاء وقد ذكرنا الفرق فى كتاب أدب القاضى واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما فى السفيه انه هل يصير محجورا عليه بنفس السفه أم يقف الانحجار على حجر القاضى قال أبو يوسف لا يصير محجورا الا بحجر القاضى وقال محمد ينحجر بنفس السفه من غير الحاجة الى حجر القاضى وحجة العامة قوله تبارك وتعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل جعل الله سبحانه وتعالى لكل واحد من المذكورين وليا منهم السفيه وعند أبى حنيفة رحمه الله لا ولى للسفيه لانه اذا كان له ولى دل انه مولى عليه فلا ينفذ تصرفه كالصبى والمجنون وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهى عن اعطاء الاموال السفهاء وعنده يدفع اليه ماله اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وان كان سفيها وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع على معاذ ماله بسبب ديون ركبته وهذا نص فى الباب لان البيع عليه لا يذكر الا فى غير موضع الرضا ولان التصرفات شرعت لمصالح العباد والمصلحة تتعلق بالاطلاق مرة و بالحجر أخرى والمصلحة ههنا فى الحجر ولهذا اذا بلغ الصبى سفيها يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بلا خلاف ولهذا حجر على الصبى والمجنون لكون الحجر مصلحة فى حقهما كذا ههنا ولابى حنيفة رضى الله عنه عمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل الله البيع وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الى قوله عز شأنه ولا يبخس منه شيأ أجاز الله تعالى البدلين حيث ندب الى الكتابة وأثبت الحق حيث أمر من عليه الحق بالاملاء ونهى عن البخس عاما من غير تخصيص وقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

تجارة عن تراض منكم و بيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز و بيع السفيه ماله تجارة عن تراض فيجوز وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم عاما وشهادة الانسان على نفسه اقرار وقوله تبارك وتعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها أو ردوها وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وآية الظهار وآية كفارة اليمين شرع الله تعالى هذه التصرفات عاما والحجر عن المشروع متناقض وكذا نص الظهار واليمين يقتضيان وجوب التحرير على المظاهر والحالف الحانث وجوازه عن الكفارة عاما وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب التحرير على السفيه ولو حرر لا يجزيه عن الكفارة لانه تجب السعاية على العبد فيكون اعتاقا بعوض فلا يقع التحرير تكفيرا فكانت الآية حجة عليهما ولان بيع السفيه مال نفسه تصرف صدر من الاهل بركنه في محل هو خالص ملكه فينفذ كتصرف الرشيد وهذا لان وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا بصدوره من أهله وحلوله في محله وقد وجد وبيع مال المديون عليه تصرف في ملك الغير من غير رضا المالك وانه لا ينفذ كالفضولي (وأما) الآية فقد قال بعض أهل التأويل السفيه هو الصغير وبه نقول وقيل ان الولى ههنا هو من له الحق يملى بالعدل عند حضرة من عليه الدين لئلا يزيد على ما عليه شيأ ولو زاد أنكر عليه وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم فقد قال بعض أهل التأويل المراد من السفهاء النساء والاولاد الصغار يؤيده في سياق الآية قوله فارزقوهم منه واكسوهم ورزق النساء والاولاد الصغار هو الذي يجب على الاولياء والازواج لا رزق السفيه وكسوته فان ذلك يكون من مال السفيه على ان في الآية الشريفة أن لا تؤتوهم مال أنفسكم لانه سبحانه وتعالى أضاف الاموال الى المعطى لا الى المعطى له وبه نقول (وأما) بيع مال معاذ رضي الله عنه فقد كان برضاه اذ لا يظن به انه يكره بيع رسول الله صلى الله عليه وسلم ويمتنع بنفسه عن قضاء الدين مع ما أنه قد روى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته كما روى عن جابر رضي الله عنه انه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديونا فطلب جابر من النبي عليه الصلاة والسلام ان يبيع أمواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضيا وكان كما ظن والاستدلال بمنع المال اذا بلغ سفيها لا يستقيم لان المنع تصرف في المال والحجر تصرف على النفس والنفس أعظم خطرا من المال فثبوت أدنى الولايتين لا يدل على ثبوت أعلاهما ثم نقول انما يمنع عن ماله نظرا له تقليلا للسفه لما أن السفه غالبا يجرى في الهبات والتبرعات فاذا منع منه ماله ينسد باب السفه فيقل السفه (فاما) المعاوضات فلا يغلب فيها السفه فلا حاجة الى الحجر لتقليل السفه وانه يقل بدونه فيتمحض الحجر ضررا بابطال أهليته وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا من أهل التصرف فلم يتضمن الحجر ابطال الاهلية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الحجر فحكمه يظهر في مال المحجور وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فاما المجنون فانه يمنع عنه ماله ما دام مجنونا وكذلك الصبي الذي لا يعقل لان وضع المال في يد من لا عقل له اتلاف المال (وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله الى أن يؤنس منه رشده ولا بأس للولى أن يدفع اليه شيأ من أمواله ويأذن له بالتجارة للاختبار عندنا لقوله تعالى وابتلوا اليتامى أذن سبحانه وتعالى للاولياء في ابتلاء اليتامى والابتلاء الاختبار وذلك بالتجارة فكان الاذن بالابتلاء اذنا بالتجارة واذا اختبره فان آنس منه رشدا دفع الباقي اليه لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال واصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يمنع منه ماله ولا يجوز للولى أن يدفع شيأ من أمواله اليه وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ والمسألة نذكرها في كتاب المأذون ان شاء الله تعالى وان لم يأنس منه رشدا منعه منه الى أن يبلغ فان بلغ رشيدا دفع اليه وان بلغ سفيها مفسدا مبذرا فانه يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بالاجماع فاذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع اليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يدفع اليه ما دام سفيها (وأما) الرقيق فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحجر في حقه في المال وانما يظهر في التصرفات هذا حكم الحجر في مال المحجور (وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو اما ان يكون من

الاقوال واما أن يكون من الافعال (أما) التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع (أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته واقراره ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الاجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذي لا يعقل لان الاهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل (وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالاجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والاجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه فان أجاز جاز وان رد بطل وعند الشافعي رحمه الله لا تنعقد أصلا وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل وقد مرت في موضعها (وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا يصح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص (وأما) اقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينعقد موقوفا على اجازة المولى ودلائل هذه المسائل ذكرت في مواضعها (وأما) التصرفات الفعلية وهي الغصوب والاتلافات فهذه العوارض وهي الصبا والجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيأ فضمانه في مالهما وكذا العبد اذا أتلف مال انسان فانه يؤاخذ به لكن بعد العتاق (وأما) السفيه فعند أبي حنيفة عليه الرحمة ليس بمحجور عن التصرفات أصلا وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان الا في وجه واحد وهو ان الصبي اذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة واذا بلغ رشيدا يدفع اليه ماله (فاما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعدما بلغ سفيها ومنع عنه ماله نفذ تصرفه كما ينفذ بعد ان دفع المال اليه عنده (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه واجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ (وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه واعتاقه وتدبيره واستيلاده وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه والزكاة في ماله وحجة الاسلام وينفق على زوجاته وأقاربه ويؤدي الزكاة من ماله ولا يمنع من حجة الاسلام ولا من العمرة ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدى على يد أمين لينفق عليه في الطريق ولا ولاية عليه لابيه وجده ووصيهما ويجوز اقراره على نفسه بالحدود والقصاص وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد الا أنه اذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة واذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد رحمهما الله انه رجع عن ذلك وقال يعتق من غير سعاية فاما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرا اجازه وما كان فيه مضرة رده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع الحجر (أما) الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شيئان أحدهما اذن الولي اياه بالتجارة والثاني بلوغه الا أن الاذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) التصرفات الضارة المحضة فلا يزول الحجر عنها الا بالبلوغ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يزول الحجر عن الصبي الا بالبلوغ وقد مرت المسألة ثم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيدا أو سفيها وكذا عند أبي يوسف الا أن يحجر عليه القاضي بعد البلوغ فينحجر بحجره وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ينحجر الصبي عن التصرف بحجر القاضي لكن يمنع ماله الى خمس وعشرين سنة وعند محمد والشافعي لا يزول الا ببلوغه رشيدا ثم البلوغ في الغلام يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شيء من ذلك فيعتبر بالسن (أما) معرفة البلوغ بالاحتلام فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتى يحتلم جعل عليه الصلاة والسلام الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب والخطاب بالبلوغ دل أن البلوغ يثبت بالاحتلام ولان البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال وذلك بكمال القدرة والقوة والقدرة

من حيث سلامة الاسباب والآلات هي امكان استعمال سائر الجوارح السليمة وذلك لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام فان قيل الادراك امكان استعمال سائر الجوارح ان كان ثابتا فاما امكان استعمال الآلة المخصوصة وهو قضاء الشهوة على سبيل الكمال فليس بثابت لان كمالها بالانزال والاحتلام سبب لنزول الماء على الاغلب فجعل علما على البلوغ ولان الله تعالى أمر بابتغاء الولد وأخبر انه مكتوب له بقوله تبارك وتعالى وابتغوا ما كتب الله لكم والتكليف بابتغاء الولد انما يتوجه في وقت لو ابتغى الولد لوجد ولا يكون ذلك الا في خروج الماء للشهوة وذلك في حق الصبي بالاحتلام في المتعارف ولان عند الاحتلام يخرج عن حيز الاولاد ويدخل في حيز الآباء حتى يسمى أبا فلان لا ولد فلان في المتعارف لان عنده يصير من أهل العلوق فكان الاحتلام علما على البلوغ واذا ثبت أن البلوغ يثبت بالاحتلام يثبت بالانزال لان ماذكرنا من المعاني يتعلق بالنزول لا بنفس الاحتلام الا أن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة فعلق الحكم به وكذا الاحبال لانه لا يتحقق بدون الانزال عادة فان لم يوجد شيء مما ذكرنا فيعتبر البلوغ بالسن وقد اختلف العلماء في أدنى السن التي يتعلق بها البلوغ قال أبو حنيفة رضي الله عنه ثماني عشرة سنة في الغلام وسبع عشرة في الجارية وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله خمس عشرة سنة في الجارية والغلام جميعا وجه قولهم ان المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الاصل في الباب اذ به قوام الاحكام وانما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشر سنة عادة فاذا لم يحتلم الى هذه المدة علم أن ذلك لآفة في خلقته والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الاحكام وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة فرده وعرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه فقد جعل عليه الصلاة والسلام خمس عشرة حدا للبلوغ ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التي ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده وانما يقع اليأس بهذه المدة لان الاحتلام الى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال على هذا أصول الشرع فان حكم الحيض لما كان لازما في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض وكذا التفريق في حق العنين لا يثبت ما دام طمع الوصول ثابتا بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول في فصول السنة فاذا مضت السنة ووقع اليأس الآن يحكم بالتفريق وكذا أمر الله سبحانه وتعالى باظهار الحجج في حق الكفار والدعاء الى الاسلام الى أن يقع اليأس عن قبولهم فلم يقع اليأس لا يباح لنا القتال فكذلك ههنا ما دام الاحتلام يرجى يجب الانتظار ولا يأس بعد مدة خمس عشرة الى هذه المدة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فانه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده (وأما) الحديث فلا حجة فيه لانه يحتمل انه أجاز ذلك لما علم عليه الصلاة والسلام انه احتلم في ذلك الوقت ويحتمل أيضا أنه أجاز ذلك لما رآه صالحا للحرب محتملا له على سبيل الاعتياد للجهاد كما أمرنا باعتبار سائر القرب في أول أوقات الامكان والاحتمال لها فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا أشكل أمر الغلام المراهق في البلوغ فقال قد بلغت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وكذلك الجارية المراهقة لان الاصل في البلوغ هو الاحتلام على ما بينا وأنه لا يعرف الا من جهته فالزمت الضرورة قبول قوله كما في الاخبار عن الطهر والحيض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المجنون فلا يزول الحجر عنه الا بالافاقة فاذا أفاق رشيدا أو سفيها فحكمه في ذلك حكم الصبي وقد ذكرناه (وأما) الرقيق فالحجر يزول عنه بالاعتاق مرة وبالاذن بالتجارة أخرى الا أن الاعتاق يزيل الحجر عنه على الاطلاق والاذن بالتجارة لا يزيل الا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) السفيه فلا حجر عليه عن التصرف أصلا عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يتصور الزوال (وأما) على مذهبهم فزواله عند أبي يوسف بضده وهو الاطلاق من القاضي فكما لا ينحجر الا بحجره

لا ينطلق الا باطلاقه وعند محمد والشافعى رحمهما الله زوال الحجر على السفيه بظهور رشده لان الحجارة كان بسفهه فانطلاقه يكون بضده وهو رشده والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الفصل الثانى وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين حبس المديون بما عليه من الدين وحبس العين بالدين أما الاول فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب وجوب الحبس وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان مايمنع عنه المحبوس ومالا يمنع أما سبب وجوب الحبس فهو الدين قل أوكثر وأما شرائط الوجوب فأنواع بعضها يرجع الى الدين و بعضها يرجع الى المديون و بعضها يرجع الى صاحب الدين (أما) الذى يرجع الى الدين فهو أن يكون حالا فلا يحبس فى الدين المؤجل لان الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ولم يوجد من المديون لان صاحب الدين هو الذى أخر حق نفسه بالتأجيل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله أو قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل ولا يمكن منعه ولكن له ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه من المضى فى سفره الى ان يوفيه دينه (وأما) الذى يرجع الى المديون فمنها القدرة على قضاء الدين حتى لو كان معسرا لا يحبس لقوله سبحانه وتعالى وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة ولان الحبس لدفع الظلم بايصال حقه اليه ولوظلم فيه لعدم القدرة ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً لان الحبس شرع للتوسل الى قضاء الدين لا لعينه ومنها المطل وهو تأخير قضاء الدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغنى ظلم فيحبس دفعاً للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس وقوله عليه الصلاة والسلام لى الواجد يحل عرضه وعقوبته والحبس عقوبة ومالم يظهر منه المطل لا يحبس لانعدام المطل واللى منه ومنها ان يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين فلا يحبس الوالدون وان علوا بدين المولودين وان سفلوا لقوله تبارك وتعالى وصاحبهما فى الدنيامعروفا وقوله تعالى و بالوالدين احسانا وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما بالدين الا أنه اذا امتنع الوالد من الانفاق على ولده الذى عليه نفقته فان القاضى يحبسه لكن تعزيراً لا حبساً بالدين (وأما) الولد فيحبس بدين الوالد لان المانع من الحبس حق الوالدين وكذا سائر الاقارب يحبس المديون بدين قريبه كائناً من كان و يستوى فى الحبس الرجل والمرأة لان الموجب للحبس لا يختلف بالذكورة والانوثة و يحبس ولى الصغير اذا كان ممن يجوز له قضاء دينه لانه اذا كان الظلم بسبيل من قضاء دينه صار بالتأخير ظالما فيحبس ليقضى الدين فيندفع الظلم (وأما) الذى يرجع الى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضى فما لم يطلب لا يحبس لان الدين حقه والحبس وسيلة الى حقه و وسيلة حق الانسان حقه وحق المرء انما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس واذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه فان ثبت عند القاضى السبب مع شرائطه بالحجة حبسه لتحقق الظلم عنده بتأخير حقه من غير ضرورة والقاضى نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه وان اشتبه على القاضى حاله فى يساره واعساره ولم يقم عنده حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه فانه يحبسه ليتعرف عن حاله انه فقير أم غنى فان علم انه غنى حبسه الى أن يقضى الدين لانه ظهر ظلمه بالتأخير وان علم انه فقير خلى سبيله لانه ظهر انه لا يستوجب الحبس فيطلقه ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم الا اذا قضى القاضى بالانظار لاحتمال ان يرزقه الله سبحانه وتعالى مالا اذ المال غادورائح وعند زفر رحمه الله لا يلازمونه لقوله تبارك وتعالى وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة ذكر النظرة بحرف الفاء فثبت من غير قضاء القاضى (ولنا) ان النظرة هى التأخير فلا بد وان يؤخروهو ان يؤخره القاضى أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر فاذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص واذا مضى على حبسه شهر أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله فى اليسار والاعسار خلى سبيله لان هذا الحبس كان لاستبراء حاله وابلاء عذره والثلاثة الاشهر مدة صالحة لاشتهار الحال وابلاء العذر فيطلقه لكن الغرماء لا يمنعون من ملازمته فيلازمونه لكن لا يمنعونه من التصرف والسفر على ماذكرنا ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فقال الطالب هو موسر وقال المطلوب انا معسر فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الطالب لانها تثبت

زيادة وهي اليسار وان لم يقم لهما بينة فقد ذكر محمد في الكفالة والنكاح والزيادات انه ينظر ان ثبت الدين بمعاقدة كالبيع والنكاح والكفالة والصلح عن دم العمد والصلح عن المال والخلع أو ثبت تبعا فيما هو معاقدة كالنفقة في باب النكاح فالقول قول الطالب وكذا في الغصب والزكاة وان ثبت الدين بغير ذلك كاحراق الثوب أو القتل الذي لا يوجب القصاص و يوجب المال في مال الجاني وفي الخطا فالقول قول المطلوب وذكر الخصاف رحمه الله في آداب القاضي انه ان وجب الدين عوضا عن مال سالم للمشتري نحو ثمن المبيع الذي سلم له البيع والقرض والغصب والسلم الذي أخذ المسلم اليه رأس المال فالقول قول الطالب وكل دين ليس له عوض أصلا كاحراق الثوب أوله عوض ليس بمال كالمهر و بدل الخلع و بدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول المطلوب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يحبس لان الفقر أصل في بني آدم والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمطلوب فكان القول قوله مع يمينه وقال بعضهم القول قول الطالب على كل حال لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان وقال بعضهم يحكم زيه اذا كان زيه زي الاغنياء فالقول قول الطالب وان كان زيه زي الفقراء فالقول قول المطلوب وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه يحكم زيه فيؤخذ بحكمه في الفقر والغنا الا اذا كان المطلوب من الفقهاء أو العلوية أو الاشراف لان من عاداتهم التكلف في اللباس والتجمل بدون الغنا فيكون القول قول المديون انه معسر (وجه) ماذكره الخصاف رحمه الله ان القول في الشرع قول من يشهد له الظاهر واذا وجب الدين بدلا عن مال سلم له كان الظاهر شاهدا للطالب لانه ثبتت قدرة المطلوب بسلامة المال وكذا في الزكاة انها لا تجب الا على الغني فكان الظاهر شاهدا للطالب (وجه) قول محمد رحمه الله وهو ظاهر الرواية ان الظاهر شاهد للطالب فيما ذكرنا أيضا من طريق الدلالة وهو اقدامه على المعاقدة فان الاقدام على التزوج دليل القدرة اذ الظاهر ان الانسان لا يتزوج حتى يكون له شيء ولا يتزوج أيضا حتى يكون له قدرة على المهر وكذا الاقدام على الخلع لان المرأة لا تخالع عادة حتى يكون عندها شيء وكذا الصلح لا يقدم الانسان عليه الا عند القدرة فكان الظاهر شاهدا للطالب في هذه المواضع فكان القول قوله والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يمنع المحبوس عنه ومالا يمنع فالمحبوس ممنوع عن الخروج الى أشغاله ومهماته والى الجمع والجماعات والاعياد وتشييع الجنائز وعيادة المرضى والزيارة والضيافة لان الحبس للتوسل الى قضاء الدين فاذا منع عن اشغاله ومهماته الدينية والدنيوية تضجر فيسارع الى قضاء الدين ولا يمنع من دخول أقاربه عليه لان ذلك لا يخل بما وضع له الحبس بل قد يقع وسيلة اليه ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء والهبة والصدقة والاقرار لغيرهم من الغرماء حتى لو فعل شيأ من ذلك نفذ ولم يكن للغرماء ولاية الابطال لان الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات ولو طلب الغرماء الذين حبس لاجلهم من القاضي ان يحجر على المحبوس من الاقرار والهبة والصدقة وغيرها لم يجبهم الى ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ان يجيبهم اليه وكذا اذا طلبوا من القاضي بيع ماله عليه مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والعقار له ان يجيبهم اليه عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يجيبهم الى ذلك وهي مسألة الحجر لكن اذا كان دينه دراهم وعنده دراهم فان القاضي يقضي بها دينه لانها من جنس حقه وان كان دينه دراهم وعنده دنانير باعها القاضي بالدراهم وقضى بها دينه وكذا اذا كان دينه دنانير وعنده دراهم باعها القاضي بالدنانير وقضى بها دينه فرق بين الدنانير والدراهم و بين سائر الاموال انه يبيع أحدهما بالآخر لقضاء الدين ولا يبيع سائر الاموال (ووجه) الفرق ان الدراهم والدنانير من جنس واحد من وجه بدليل انه يكمل نصاب أحدهما بالآخر في باب الزكاة والمؤدى عن أحدهما كان مؤدى عن الآخر عند الهلاك فكان بينهما مجانسة من وجه فصار كل واحد منهما كعين الآخر حكما وليس بين العروض و بين الدراهم والدنانير مجانسة بوجه فلا يملك التصرف على المحبوس ببيعهما بها ولان العروض اذا بيعت لقضاء الدين فانها لا تشترى مثل ما تشترى في سائر الاوقات بل دون

ذلك

ذلك وفيه ضرر به ولا ضرر فى الدراهم والدنانير لانها لا تتفاوت وهذا بخلاف ما بعد الموت ان القاضى يبيع جميع ماله لقضاء دينه لان بيع القاضى ليس تصرفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت ولانه رضى بذلك فى آخر جزء من أجزاء حياته هذا هو الظاهر لان قضاء الديون من حوائجه الاصلية فكان راضيا بقضاء الدين من أى مال كان تخليصاً لنفسه عن عهدة الدين عند ما سده عن حياته والله سبحانه وتعالى أعلم ويتفق المحبوس على نفسه وعياله وأقاربه ولا يمنع من ذلك ولا عن شئ من التصرفات الشرعية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حبس العين بالدين فالمحبوس بالدين فى الاصل على نوعين محبوس هو مضمون ومحبوس هو أمانة والمضمون على نوعين أيضاً مضمون بالثمن ومضمون بالقيمة فالمضمون بالثمن كالمبيع فى يد البائع حتى لو هلك سقط الثمن لانه لو بقى لطالبه البائع به فيطالبه المشترى بتسليم المبيع لان البيع تمليك بازاء تمليك وتسليم بازاء تسليم وهو عاجز عن التسليم لهلاك المبيع فلا يملك مطالبته فلا يملك البائع مطالبته بالثمن فيسقط ضرورة عدم الفائدة فى البقاء ولان المبيع فى يد البائع لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى الا ان ذلك مضمون بالقيمة وهذا بالثمن لوجود التسمية الصحيحة ههنا وانعدام التسمية هناك أصلا وأما الوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من مال نفسه فحبس السلعة لاستيفاء الثمن من الموكل فهلك فان كان قبل الطلب يهلك أمانة عند أصحابنا رحمهم الله الثلاثة وعند زفر رحمه الله يهلك مضمونا ولو كان بعد الطلب يهلك مضمونا لكن ضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ضمان الرهن وعند زفر رحمه الله ضمان الغصب وقد ذكرنا المسألة فى كتاب الوكالة وأما المضمون بالقيمة فكالمبيع بيعا فاسداً اذا لم يكن من ذوات الامثال اذا فسخ البائع البيع والمبيع فى يد المشترى فحبسه ليرد البائع الثمن عليه فهلك فى يده يهلك بقيمته ويتقاصان ويترادان الفضل وكذا المرهون مضمون عندنا لكن بالاقل من قيمته ومن الدين وعند الشافعى رحمه الله ليس بمضمون أصلا وهى مسألة كتاب الرهن وأما المحبوس الذى هو أمانة فنحو نماء الرهن فانه محبوس بالدين لكنه أمانة فى يد المرتهن حتى لو هلك لا يسقط شئ من الدين وكذا المستأجر دابة اجارة فاسدة اذا كان عجل الاجرة فحبسها لاستيفاء الاجرة المعجلة حتى هلكت فى يده تهلك أمانة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الاكراه ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى الاكراه لغة وشرعا وفى بيان أنواع الاكراه وفى بيان شرائط الاكراه وفى بيان حكم ما يقع عليه الاكراه اذا أتى به المكره وفى بيان ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص عنه (أما) الاول فالاكراه فى اللغة عبارة عن اثبات الكره والكره معنى قائم بالمكره ينافى المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم ولهذا قال أهل السنة ان الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصى أى لا يحبها ولا يرضى بها وان كانت الطاعات والمعاصى بارادة الله عز وجل وفى الشرع عبارة عن الدعاء الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرائطها التى نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أنواع الاكراه فنقول انه نوعان نوع يوجب الالجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو قل الضرب أو كثر ومنهم من قدره بعدد ضربات الحدوانه غير سديد لان المعول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع يسمى اكراهاً تاما ونوع لا يوجب الالجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الاشياء أعنى الحبس والقيد والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الاكراه فنوعان نوع يرجع الى المكره ونوع يرجع الى المكره (أما) الذى يرجع الى المكره فهو ان يكون قادرا على تحقيق ما أوعد لان الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة وعلى هذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انه يتحقق من السلطان وغيره (وجه) قولهما ان الاكراه ليس الا ايعادا بالحاق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد لان المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه فاذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثا وقيل انه لا خلاف بينهم فى المعنى انما هو خلاف زمان ففى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه ثم تغير الحال فى زمانهما فغير الفتوى على حسب الحال والله سبحانه وتعالى أعلم فاما البلوغ فليس بشرط لتحقق الاكراه حتى يتحقق من الصبى العاقل اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك العقل والتميز المطلق ليس بشرط فيتحقق الاكراه من البالغ المختلط العقل بعد ان كان مطاعا مسلطا (وأما) النوع الذى يرجع الى المكره فهو ان يقع فى غالب رأيه وأكثر ظنه انه لو لم يجب الى مادعى اليه تحقق ما أوعد به لان غالب الرأى حجة خصوصا عند تعذر الوصول الى التعين حتى انه لو كان فى أكثر رأى المكره ان المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الايعاد لان الضرورة لم تتحقق ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن فى أكثر رأى المكره انه لو لم يفعل تحقق ما أوعد يثبت حكم الاكراه لتحقق الضرورة ولهذا انه لو كان فى أكثر رأيه انه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر الى ان يلحقه الجوع المهلك لازيل عنه الاكراه لا يباح له ان يعجل بتناولها وان كان فى أكثر رأيه انه وان صبر الى تلك الحالة لما ازيل عنه الاكراه يباح ان يتناولها للحال دل ان العبرة لغالب الرأى وأكثر الظن دون صورة الايعاد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق ما يقع عليه الاكراه فى الاصل نوعان حسى وشرعى وكل واحد منهما على ضربين معين ومخير فيه أما الحسى المعين فى كونه مكرها عليه فالاكل والشرب والشتم والكفر والاتلاف والقطع عينا وأما الشرعى فالطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلاء والفىء فى الايلاء والبيع والشراء والهبة والاجارة والابراء عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم الشفعة وترك طلبها ونحوها والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق اما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة الثانى يرجع الى الدنيا أما الذى يرجع الى الآخرة فنقول وبالله التوفيق التصرفات الحسية التى يقع عليها الاكراه فى حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع نوع هو مباح ونوع هو مرخص ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مرخص (أما) النوع الذى هو مباح فاكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر اذا كان الاكراه تاما بان كان بوعيد تلف لان هذه الاشياء مما تباح عند الاضطرار لقال الله تبارك وتعالى الا ما اضطررتم اليه أى دعتكم شدة المجاعة الى أكلها والاستثناء من التحريم إباحة وقد تحقق الاضطرار بالاكراه فيباح له التناول بل لا يباح له الامتناع عنه ولو امتنع عنه حتى قتل يؤاخذ به كما فى حالة المخمصة لانه بالامتناع عنه صار ملقيا نفسه فى التهلكة والله سبحانه وتعالى نهى عن ذلك بقوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وان كان الاكراه ناقصا لا يحل له الاقدام عليه ولا يرخص أيضا لأنه لا يفعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة بحكمها قائمة وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا والا لاجيعنك لا يحل له ان يفعل حتى يجيئه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو لان الضرورة لا تتحقق الا فى تلك الحالة والله تعالى أعلم (وأما) النوع الذى هو مرخص فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالايمان اذا كان الاكراه تاما وهو محرم فى نفسه مع ثبوت الرخصة فاثر الرخصة فى تغير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا فى تغير وصفه وهو الحرمة لان كلمة الكفر مما لا يحتمل الاباحة بحال فكانت الحرمة

قائمة الا انه سقطت المؤاخذة لعذر الاكراه قال الله تبارك وتعالى من كفر بالله من بعد إيمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان على التقديم والتأخير في الكلام والله سبحانه وتعالى أعلم والامتناع عنه أفضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجورا لأنه جاد بنفسه في سبيل الله تعالى فيرجو ان يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا وقال عليه الصلاة والسلام من قتل مجبرا في نفسه فهو في ظل العرش يوم القيامة وكذلك التكلم بشتم النبي عليه الصلاة والسلام مع اطمئنان القلب بالايمان والاصل فيه ماروى أن عمار بن ياسر رضي الله عنهما لما أكرهه الكفار ورجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ماوراءك ياعمار فقال شر يارسول الله ماتركوني حتى نلت منك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادوا فعد فقد رخص عليه الصلاة والسلام في اتيان الكلمة بشريطة اطمئنان القلب بالايمان حيث أمره عليه الصلاة والسلام بالعود الى ماوجد منه لكن الامتناع عنه أفضل لما مر ومن هذا النوع شتم المسلم لان عرض المسلم حرام التعرض في كل حال قال النبي عليه الصلاة والسلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله الا انه رخص له لعذر الاكراه وأثر الرخصة في سقوط المؤاخذة دون الحرمة والامتناع عنه حفظاً لحرمة المسلم وايثاراً له على نفسه أفضل ومن هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم حرمة دمه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له الاتلاف لعذر الاكراه حال المخمصة على ماذكر ولو امتنع حتى قتل لا يأثم بل يثاب لان الحرمة قائمة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجورا لا مأزورا وكذلك اتلاف مال نفسه مرخص بالاكراه لكن مع قيام الحرمة حتى انه لو امتنع فقتل لا يأثم بل يثاب لان حرمة ماله لا تسقط بالاكراه ألا ترى انه أبيح له الدفع قال النبي عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا من أصابته المخمصة فسأل صاحبه الطعام فمنعه فامتنع من التناول حتى مات انه لا يأثم لماذكرنا انه بالامتناع راعى حق الحرمة هذا اذا كان الاكراه تاما فان كان ناقصا من الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه تلف النفس والعضو لا يرخص له أصلا ويحكم بكفره وان قال كان قلبي مطمئنا بالايمان فلا يصدق في الحكم على ماذكر ويأثم بشتم المسلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق وكذا اذا كان الاكراه تاما ولكن في أكبر رأى المكره ان المكره لا يحقق ما أوعده لا يرخص له الفعل أصلا ولو فعل يأثم لانعدام تحقق الضرورة لانعدام الاكراه شرعا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالاكراه أصلا فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الاكراه ناقصا أو تاما لان قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الاباحة بحال قال الله تبارك وتعالى ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قال الله سبحانه وتعالى والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا وإثما مبيناً وكذلك ضرب الوالدين قل أو كثر قال الله تعالى ولا تقل لهما اف والنهي عن التأفيف نهي عن الضرب دلالة بالطريق الاولى فكانت الحرمة قائمة بحكمها فلا يرخص الاقدام عليه ولو أقدم يأثم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فيرجى ان لا يؤاخذ به وكذا الحبس والقيد لان ضرره دون ضرر المكره بكثير فالظاهر انه يرضى بهذا القدر من الضرر لاحياء أخيه ولو أذن له المكره عليه أو قطعه أو ضربه فقال للمكره افعل لا يباح له ان يفعل لان هذا مما لا يباح بالاباحة ولو فعل فهو آثم ألا ترى انه لو فعل بنفسه أثم فبغيره أولى وكذا الزنا من هذا القبيل انه لا يباح ولا يرخص للرجل بالاكراه وان كان تاما ولو فعل يأثم لان حرمة الزنا ثابتة في العقول قال الله سبحانه وتعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا فدل انه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق ولو أذنت المرأة به لا يباح أيضا حرة كانت أو أمة أذن لها مولاها لان الفرج لا يباح بالاباحة وأما المرأة فيرخص لها لان الذي يتصور منها ليس الا التمكين وهي مع ذلك مدفوعة اليه وهذا عندي فيه نظر لان فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى

سماها زانية الا ان زنا الرجل بالايلاج و زناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة فينبغي ان لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحكم الذي يرجع الى الدنيا في الانواع الثلاثة اما النوع الاول فالمكره على الشرب لا يجب عليه الحد اذا كان الاكراه تاما لان الحد شرع زاجرا عن الجناية في المستقبل والشرب خرج من ان يكون جناية بالاكراه وصار مباحا بل واجبا عليه على مامر واذا كان ناقصا يجب لان الاكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان عليه قبل الاكراه بوجه ما فلا يوجب تغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثاني فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان بخلاف المكره على الايمان أنه يحكم بايمانه والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان الايمان في الحقيقة تصديق والكفر في الحقيقة تكذيب وكل ذلك عمل القلب والاكراه لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان مؤمنا لوجود حقيقة الايمان وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر الا أن عبارة اللسان جعل دليلا على التصديق والتكذيب ظاهرا حالة الطوع وقد بطلت هذه الدلالة بالاكراه فبقي الايمان منه والكفر محتملا فكان ينبغي أن لا يحكم بالاسلام حالة الاكراه مع الاحتمال كما لم يحكم بالكفر فيها بالاحتمال الا انه حكم بذلك لوجهين أحدهما انا انما قبلنا ظاهر ايمانه مع الاكراه ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيؤل أمره الى الحقيقة وان كنا لا نعلم بايمانه لا قطعا ولا غالبا وهذا جائز ألا ترى ان الله تبارك وتعالى أمرنا في النساء المهاجرات بامتحانهن بعد وجود ظاهر الكلمة منهن بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ليظهر لنا ايمانهن بالدليل الغالب لقوله عز شأنه فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار كذا ههنا وهذا المعنى لا يتحقق في الاكراه على الكفر والثاني أن اعتبار الدليل المحتمل في باب الاسلام يرجع الى اعلاء الدين الحق وان اعتبار الغالب يرجع الى ضده واعلاء الدين الحق واجب قال النبي عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلى فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب اعلاء الدين الحق وذلك في الحكم بايمان المكره على الايمان والحكم بعدم كفر المكره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اكره على الاسلام فأسلم ثم رجع يجبر على الاسلام ولا يقتل بل يحبس ولكن لا يقتل والقياس أن يقتل لوجود الردة منه وهي الرجوع عن الاسلام (وجه) الاستحسان انا انما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهرا طمعا للحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فينجع التصديق في قلبه على مامر فاذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الاسلام فيه وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعا عن الاسلام بل اظهار الما كان في قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا أسلم وله أولاد صغار حتى حكم باسلامهم تبعا لابيهم فبلغوا كفارا يجبرون على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق الرجوع عنه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اكره على أن يقر أنه أسلم أمس فاقر لا يحكم باسلامه لان الاكراه يمنع صحة الاقرار لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واذا لم يحكم بكفره باجراء الكلمة لا تثبت أحكام الكفر حتى لا تبين منه امرأته والقياس أن تثبت البينونة لوجود سبب الفرقة وهو الكلمة أو هي من أسباب الفرقة بمنزلة كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكره فكذا حكم هذه (وجه) الاستحسان ان سبب الفرقة الردة دون نفس الكلمة وانما الكلمة دلالة عليها حالة الطوع ولم يبق دليلا حالة الاكراه فلم تثبت الردة فلا تثبت البينونة ولو قال المكره خطر ببالي في قولي كفرت بالله ان أخبر عن الماضي كاذبا ولم أكن فعلت لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه دعى الى انشاء الكفر وقد أخبر أنه أتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طائع فيه ولو قال طائعا كفرت بالله ثم قال عنيت به الاخبار عن الماضي كاذبا ولم أكن فعلت لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر ولو اكره على الاخبار فيما مضى ثم قال ما أردت به الخبر عن الماضي فهو كافر في القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى لانه لم يجبه الى مادعاه اليه بل أخبر انه انشأ الكفر طوعا ولو قال لم

يخطر بباله شيء آخر لا يحكم بكفره لانه اذا لم يرد شيأ يحمل على الاجابة الى ظاهر الكلمة مع اطمئنان القلب بالايمان فلا يحكم بكفره وكذلك لو أكره على الصلاة للصليب فقام يصلي فخطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة فينبغي أن ينوي بالصلاة أن تكون لله عز وجل فاذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضاء ويحكم بكفره لانه أتى بغير ما دعي اليه فكان طائعا والطائع اذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله عز شأنه لانه نوى ما يحتمله فعله ولو صلى للصليب ولم يصل لله سبحانه وتعالى وقد خطر بباله ذلك فهو كافر بالله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى للصليب طائعا مع امكان الصلاة لله تعالى وان كان مستقبل الصليب فان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب ظاهرا وقلبه مطمئن بالايمان لا يحكم بكفره ويحمل على الاجابة الى ظاهر ما دعي اليه مع سكون قلبه بالايمان وكذلك لو أكره على سب النبي عليه الصلاة والسلام فخطر بباله رجل آخر اسمه محمد فسبه وأقر بذلك لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه اذا خطر بباله رجل آخر فهذا طائع في سب النبي محمد عليه الصلاة والسلام ثم قال عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلا آخر فسب النبي عليه الصلاة والسلام فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله جل شأنه ولو لم يخطر بباله شيء لا يحكم بكفره ويحمل على جهة الاكراه على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكراه على الكفر تاما فاما اذا كان ناقصا يحكم بكفره لانه ليس بمكره في الحقيقة لانه ما فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه ولو قال كان قلبي مطمئنا بالايمان لا يصدق في الحكم لانه خلاف الظاهر كالطائع اذا أجرى الكلمة ثم قال كان قلبي مطمئنا بالايمان ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى (وأما) المكره على اتلاف مال الغير اذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره اذا كان الاكراه تاما لان المتلف هو المكره من حيث المعنى وانما المكره بمنزلة الآلة على معنى انه مسلوب الاختيار ايثارا وارتضاء وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضرب به على المال فامكن جعله آلة المكره فكان التلف حاصلا باكراهه فكان الضمان عليه وان كان الاكراه ناقصا فالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره لانه لا يسلب الاختيار أصلا فكان الاتلاف من المكره فكان الضمان عليه وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه لان هذا النوع من الفعل وهو الاكل مما لا يعمل عليه الاكراه لانه لا يتصور تحصيله بآلة غيره فكان طائعا فيه فكان الضمان عليه ولو أكره على أن يأكل طعام نفسه فأكل أو على أن يلبس ثوب نفسه فلبس حتى تخرق لا يجب الضمان على المكره لان الاكراه على أكل مال غيره لما لم يوجب الضمان على المكره فعلى مال نفسه أولى مع ما أن أكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب الاتلاف بل هو صرف مال نفسه الى مصلحة بقائه ومن صرف مال نفسه الى مصلحته لا ضمان له على أحد ولو أذن صاحب المال المكره باتلاف ماله من غير اكراه فاتلفه لا ضمان على أحد لان الاذن بالاتلاف يعمل في الاموال لان الاموال مما تباح بالاباحة واتلاف مال مأذون فيه لا يوجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثالث فأما المكره على القتل فان كان الاكراه تاما فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزر ويجب على المكره وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكره وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن القتل اسم لفعل يفضي الى زهوق الحياة عادة وقد وجد في كل واحد منهما الا انه حصل من المكره مباشرة ومن المكره تسبيبا فيجب القصاص عليهما جميعا (وجه) قول زفر رحمه الله ان القتل وجد من المكره حقيقة حسا ومشاهدة وانكار المحسوس مكابرة فوجب اعتباره منه دون المكره اذ الاصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها الا بدليل (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان المكره ليس بقاتل حقيقة بل هو مسبب للقتل وانما القاتل هو المكره حقيقة ثم لما لم يجب القصاص عليه فلان لا يجب على المكره أولى

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وعفوا الشيء عفو عن موجبه فكان موجب المستكره عليه معفوا بظاهر الحديث ولان القاتل هو المكره من حيث المعنى وانما الموجود من المكره صورة القتل فاشبه الآلة اذ القتل مما يمكن اكتسابه بآلة الغير كاتلاف المال ثم المتلف هو المكره حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل ألا ترى انه اذا أكره على قطع يد نفسه له أن يقتص من المكره ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولان معنى الحياة أمر لا بد منه في باب القصاص قال الله تعالى ولكم من القصاص حياة ومعنى الحياة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص في حق المكره واستيفائه منه على ما مر في مسائل الخلاف لذلك وجب على المكره دون المكره وان كان الاكراه ناقصا وجب القصاص على المكره بلا خلاف لان الاكراه الناقص يسلب الاختيار أصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو كان المكره صبيا أو معتوها يعقل ما أمر به فالقصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما ذكرنا ولو كان الصبي المكره يعقل وهو مطاع أو بالغ مختلط العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلته الدية لان عمد الصبي خطأ ولو قال المكره على قتله للمكره اقتلني من غير اكراه فقتله لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة لانه لو قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا أولى وعند زفر يجب عليه القصاص وكذا لا قصاص على المكره عندنا وفي وجوب الدية روايتان وموضع المسئلة كتاب الديات ومن الاحكام التي تتعلق بالاكراه على القتل أن المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا أن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقته بل هو في معنى الآلة فكان القتل مضافا الى المكره ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعي رحمهما الله يحرم الميراث لانه يتعلق به وجوب القصاص (وأما) المكره فيحرم الميراث عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي رضي الله عنهم لوجوب القصاص عليه وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره بالغا فان كان صبيا وهو وارث المقتول لا يحرم الميراث لان من شرط كون القتل جازما أن يكون حراما وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا قتله بيد غيره أولى وكذلك المكره على قطع يد انسان اذا قطع فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في القتل غير أن صاحب اليد اذا كان اذن للمكره بقطع يده من غير اكراه فقطع لا ضمان على أحد وفي باب القتل اذا أذن لمكره على قتله المكره بالقتل فقتل فهو اختلاف الرواية في وجوب الدية على المكره والله سبحانه وتعالى أعلم والفرق ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض مبيح فالاذن باتلاف ماله حكم المال في الجملة يورث شبهة الاباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطعن يدك والا لاقتلنك كان في سعة من ذلك ولا يسعه ذلك في النفس والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المكره على الزنا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا اذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس لان الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الآلة والاكراه لا يؤثر فيه فكان طائعا في الزنا فكان عليه الحد ثم رجع وقال اذا كان الاكراه من السلطان لا يجب بناء على ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان عنده وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان لا يجب والفرق لابي حنيفة ماذكرنا من قبل ان المكره يلحقه الغوث اذا كان الاكراه من غير السلطان ولا يجد غوثا اذا كان الاكراه منه (وأما) قوله ان الزنا لا يتحقق الا بانتشار الآلة فنعم لكن ليس كل من تنتشر آلته يفعل فكان فعله بناء على اكراهه فيعمل فيه لضرورته مدفوعا اليه خوفا من القتل فيمنع وجوب الحد ولكن يجب العقر على المكره لان الزنا في دار الاسلام لا يخلو عن احدى الغرامتين وانما وجب العقر على المكره دون المكره لان الزنا مما لا يتصور تحصيله بآلة غيره والاصل ان كل ما لا يتصور تحصيله بآلة الغير فضمانه على المكره وما يتصور تحصيله

بآلة الغير فضمانه على المكره كذلك المرأة اذا أكرهت على الزنا لاحد عليها لانها بالاكراه صارت محمولة على التمكين خوفا من مضرة السيف فيمنع وجوب الحد عليها كما في جانب الرجل بل أولى لان الموجود منها ليس الا التمكين ثم الاكراه لما أثر في جانب الرجل فلان يؤثر في جانبها أولى هذا اذا كان اكراه الرجل تاما فاما اذا كان ناقصا بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد لما مر ان الاكراه الناقص لا يجعل المكره مدفوعا الى فعل ما أكره فبقي مختارا مطلقا فيؤاخذ بحكم فعله (وأما) في حق المرأة فلا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدرأ الحد عنها في نوعي الاكراه لانه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرأ عنها الحد هذا الذي ذكرنا اذا كان المكره عليه معينا فاما اذا كان مخيرا فيه بان أكره على أحد فعلين من الانواع الثلاثة غير معين فنقول وبالله التوفيق أما الحكم الذي يرجع الى الآخرة وهو ما ذكرنا من الاباحة والرخصة والحرمة المطلقة فلا يختلف التخيير بين المباح والمرخص انه يبطل حكم الرخصة أعني به ان كل ما يباح حالة التعيين يباح حالة التخيير وكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين لا يباح ولا يرخص حالة التخيير وكل ما يرخص حالة التعيين يرخص حالة التخيير الا اذا كان التخيير بين المباح وبين المرخص وبيان هذه الجملة اذا أكره على أكل ميتة أو قتل مسلم يباح له الاكل ولا يرخص له القتل وكذا اذا أكره على أكل ميتة أو أكل مال لا يباح ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد وشتم المسلم والزنا يباح له الاكل ولا يباح له شيء من ذلك ولا يرخص كما في حالة التعيين ولو امتنع من الاكل حتى قتل يأثم كما في حالة التعيين ولو أكره على القتل والزنا لا يرخص له ان يفعل أحدهما ولو امتنع عنهما لا يأثم اذا قتل بل يثاب كما في حالة التعيين ولو أكره على القتل أو الاتلاف لمال انسان رخص له الاتلاف ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل لا يأثم بل يثاب كما في حالة التعيين وكذا اذا أكره على قتل انسان وإتلاف مال نفسه يرخص له الاتلاف دون القتل كما في حالة التعيين ولو امتنع عنهما حتى قتل لا يأثم وكذا لو أكره على القتل أو الكفر يرخص له ان يجري كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو مأجور كما في حالة التعيين فاما اذا أكره على أكل ميتة أو الكفر لم يذكر هذا الفصل في الكتاب وينبغي ان لا يرخص له كلمة الكفر أصلا كما لا يرخص له القتل لان الرخصة في اجراء الكلمة لمكان الضرورة ويمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجراء الكلمة حاصلا باختياره مطلقا فلا يرخص له والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الحكم الذي يرجع الى الدنيا فقد يختلف بالتخيير حتى انه لو أكره على أكل الميتة أو قتل المسلم فلم يأكل وقتل يجب القصاص على المكره لانه أمكنه دفع الضرورة بتناول المباح فكان القتل حاصلا باختياره من غير ضرورة فيؤاخذ بالقصاص ولو أكره على القتل أو الكفر فلم يأت بالكلمة وقتل فالقياس ان يجب القصاص على المكره لانه مختار في القتل حيث آثر الحرام المطلق على المرخص فيه وفي الاستحسان انه لا قصاص عليه ولكن تجب الدية في ماله ان لم يكن عالما ان لفظ الكفر مرخص له منهم من استدل بهذه اللفظة على انه لو كان عالما ومع ذلك تركه وقتل يجب القصاص على المكره لانه أخرجها مخرج الشرط ومنهم من قال لا يجب علم أو لم يعلم وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب ان أمر هذا الرجل محمول على انه ظن ان اجراء كلمة الكفر على اللسان أعظم حرمة من القتل فاورث شبهة الرخصة في القتل والقصاص لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالما يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان علم بالرخصة فقد استعظم حرف الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة دارئة للقصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وانما وجبت الدية في ماله لا على العاقلة لانه عمد (وقال) عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا يرجع على المكره لان القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه ولو أكره على القتل أو الزنا فزنا فالقياس ان يجب عليه الحد وفي الاستحسان يدرأ عنه لما مر ولو قتل لا يجب القصاص على المكره ولكنه يؤدب بالحبس والتعزير ويقتص من المكره كما في حالة التعيين على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا كله اذا كان الاكراه على الافعال

الحسية فاما اذا كان على التصرفات الشرعية فنقول و بالله التوفيق التصرفات الشرعية فى الاصل نوعان انشاء واقرار والانشاء نوعان نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله أما الذى لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والايلاء والفيء فى الايلاء والتدبير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جائزة مع الاكراه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تجوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فلزم ان يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً ولان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه ولهذا لا يصح تصرف الصبى والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه (ولنا) ان عمومات النصوص واطلاقها يقتضى شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد (أما) الطلاق فلقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمعتوه ولان الفائت بالاكراه ليس الا الرضا طبعاً وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق فان طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعا وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفائقة حسناً وجمالا الرائقة تغنجاً ودلالا لخلل فى دينها وان كان لا يرضى به طبعاً ويقع الطلاق عليها وأما الحديث فقد قيل ان المراد منه الاكراه على الكفر لان القوم كانوا حديثى العهد بالاسلام وكان الاكراه على الكفر ظاهراً يومئذ وكان يجرى على ألسنتهم كلمات الكفر خطأ وسهواً فعفا الله جل جلاله عن ذلك عن هذه الامة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما انا نقول بموجب الحديث ان كل مستكره عليه معفو عن هذه الامة لكنا لا نسلم ان الطلاق والعتاق وكل تصرف قولى مستكره عليه وهذا لان الاكراه لا يعمل على الاقوال كما يعمل على الاعتقادات لان أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبراً فكان كل متكلم مختارا فيما يتكلم به فلا يكون مستكرها عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث وقوله القصد الى ما وضع له التصرف بشرط اعتبار التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان شرطاً فهو موجود ههنا لانه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يندفع عنه الا بالقصد الى ما وضع له فكان قاصدا اليه ضرورة ثم لا يخلو اما ان أكره على تنجيز الطلاق أو على تعليقه بشرط أو على تحصيل الشرط الذى علق به وقوع الطلاق وحكم الجواز لا يختلف فى نوعى التنجيز والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة ويختلف أخرى وسنذكر تفصيل هذه الجملة فى فصل الاكراه على الاعتاق وانما نذكر ههنا حكم جواز التطليق المنجز فنقول اذا جاز طلاق المكره فان كان قبل الدخول بها يجب عليه نصف المفروض ان كان المهر مفروضاً والمتعة اذا لم يكن مفروضاً لان هذا حكم الطلاق قبل الدخول ويرجع به على المكره لانه هو الذى دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان قرار الضمان عليه واذا كان بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره لان المهر يتأكد باستيفاء منفعة البضع على وجه لا يحتمل السقوط وهو الذى استوفى المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا كان الاكراه ناقصا لا سبيل على المكره لانه لا يخل باختيار المكره أصلا على ما مر هذا اذا كان الاكراه على الطلاق فاما اذا كان الاكراه على التوكيل بالطلاق ففعله الوكيل فحكمه يذكر فى فصل الاكراه على الاعتاق ان شاء الله تعالى وأما العتاق فلما روى ان رجلا جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وقال علمنى عملا يدخلنى الجنة فقال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا واحدا فقال عليه الصلاة والسلام لا عتق النسمة ان تفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى عتقها وغيره من الاحاديث التى فيها الندب الى الاعتاق من غير فصل بين المكره والطائع ولان الاعتاق تصرف قولى فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق ثم لا يخلو اما ان كان على تنجيز العتق أو على تعليقه بشرط أو على شرط العتق المعلق به أما اذا كان الاكراه على تنجيز العتق فاعتق يضمن المكره قيمة العبد موسرا كان أو معسرا ولا يرجع المكره على العبد بالضمان ولا سعاية على العبد والولاء لمولاه أما وجوب الضمان على المكره فلأن العبد آدمى هو مال والاعتاق اتلاف المالية والاموال مضمونة على المكره بالاتلاف فكان الضمان على المكره كما فى سائر الاموال ويستوى فيه يساره واعساره

لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار ولا يرجع على العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره فلا معنى للرجوع الى غيره والولاء للمكره لان الاعتاق من حيث هو كلام مضاف الى المكره لاستحالة ورود الاكراه على الاقوال فكان الولاء له ولا سعاية على العبد لان العبد انما يستسعى اما لتخريجه الى العتق تكميلا له واما لتعليق حق الغير به وقد عتق كله فلا حاجة الى التكميل وكذا لاحق لاحد تعلق به فلا سعاية عليه ولو أكره على شراء ذى رحم محرم منه عتق عليه لان شراء القريب اعتاق بالنص والاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن لا يرجع المكره ههنا بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ولو كان العبد مشتركا بين اثنين فأكره أحدهما على اعتاقه فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن يعتق نصفه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يعتق كله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ ولا يضمن الشريك المكره للشريك الآخر نصيبه ولكن يضمن المكره نصيب المكره لان الاعتاق من حيث هو اتلاف المال مضاف الى المكره فكان المتلف من حيث المعنى هو المكره فكان الضمان عليه سواء كان موسرا أو معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار اذا اعتقه أحد الشريكين انه لا يضمن لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا وههنا يضمن موسرا كان أو معسرا لان الضمان الواجب على المكره ضمان اتلاف على مامر والاصل ان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فالواجب على أحد الشريكين حالة الاختيار ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف منه فى نصيب شريكه أما على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه وأما على أصلهما فان عتق لكن لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف فى ملك نفسه الا انه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافا اليه كمن حفر بئرا فى دار نفسه فوقع فيها غيره أو سقى أرض نفسه ففسدت أرض غيره حتى لا يجب عليه الضمان الا ان وجوب الضمان على أحد الشريكين حالة الاختيار عرف شرعا والشرع ورد به على الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المكره أو موسرا وان شاء ضمن المكره ان كان موسرا فان اختار تضمين المكره فالولاء بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار طريق الضمان وان اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بينه وبين شريكه وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان كان المكره موسرا فلشريك المكره ان يضمنه لا غير وان كان معسرا فله ان يستسعى العبد لا غير كما فى حالة الاختيار وموضع المسئلة فى كتاب العتاق وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكراه والله تعالى الموفق (وأما) التدبير فلان التدبير تحرير قال النبى عليه الصلاة والسلام المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث الا انه للحال تحرير من وجه والاكراه لا يمنع نفاذ التحرير من كل وجه فلا يمنع نفاذ التحرير من وجه بالطريق الاولى ويرجع المكره على المكره للحال بما نقصه التدبير وبعد موته يرجع ورثته على المكره ببقية قيمته لان التدبير للحال اثبات الحرية من وجه وانما تثبت الحرية من كل وجه فى آخر جزء من أجزاء حياته فكان الاكراه على التدبير اتلافا للمال المكره للحال من وجه فيضمن بقدره من النقصان ثم يتكامل الاتلاف فى آخر جزء من أجزاء حياته فيتكامل الضمان عند ذلك وذلك بقية قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان لهم ان يرجعوا به على المكره والله تعالى الموفق هذا اذا أكره على تنجيز العتق فاما اذا أكره على تعليق العتق بشرط أما حكم الجواز فلا يختلف فى النوعين لما ذكرنا وأما حكم الضمان فقد يختلف بيان ذلك اذا أكره على تعليق العتق بفعل نفسه فانه ينظر فان كان فعلا لا بد منه بان كان مفروضا عليه أو يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالاكل والشرب ففعله حتى عتق يرجع بالضمان على المكره لان الاكراه على تعليق العتق بفعل لا بد له منه اكراه على ذلك الفعل فكان مضافا الى المكره وان كان فعلا له منه بد كتقاضى دين الغريم أو تناول شئ له منه بد ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره لانه اذا كان له منه بد لا يكون مضطرا الى تحصيله اذ لا يلحقه بتركه كثير ضرر فاشبه الاكراه الناقص فلا يكون الاكراه على تعليق

العتق به اكراهاً عليه فلا يكون تلف المال مضافا الى المكره فلا يرجع عليه بالضمان ولو اكره على ان يقول كل مملوك أملكه فيما استقبله فهو حر فقال ذلك ثم ملك مملوكا حتى عتق عليه فان ملك بشراء اوهبة أوصدقة او وصية لا ضمان على المكره لانه انما ملكه باختياره فيقطع اضافة اكراه الاتلاف الى المكره وان ملك بارث فكذلك فى القياس وفى الاستحسان يضمن لانه لا صنع للمكره فى الارث فبقى الاتلاف مضافا الى المكره ولو اكره على ان يقول لعبده ان شئت فانت حر فقال شئت حتى عتق ضمن المكره لان مشيئة المكره العتق توجد غالبا فأشبه التعليق بفعل لا بدمنه فكان الاكراه على الاعتاق اكراها عليه هذا اذا اكره على تعليق العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذى علق به العتق عن طوع بأن قال رجل لعبده ان ملكتك فانت حر فاكره على الشراء فاشتراه حتى عتق لا يرجع على المكره بشىء لان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشراء وانما ثبت بالكلام السابق وهو طائع فيه وكذا اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا ثم انما يضمن المكره فى جميع ما وصفنا اذا كان الاكراه تاما فاما اذا كان ناقصاً فلا ضمان لما مر ان الاكراه الناقص لا يقطع الاضافة عن المكره بوجه فلا يوجب الضمان على المكره والله تعالى أعلم هذا الذى ذكرنا اذا أكره على الاعتاق المطلق عيناً فاما اذا أكره على أحدهما غير عين بان أكره على ان يعتق عبده أو يطلق امرأته فان لم تكن المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما غرم المكره الأقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة أما اذا فعل أقلهما ضمانا فظاهر لانه ما أتلف عليه الا هذا القدر وكذلك اذا فعل أكثرهما ضمانا لانه أمكنه دفع الضرورة باقل الفعلين ضمانا فاذا فعل أكثرهما ضمانا كان مختاراً فى الزيادة لانعدام الاضطرار فى هذا القدر فلا يكون تلف هذا القدر مضافا الى المكره وان كانت المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما لا شىء على المكره أما اذا طلق فظاهر لان الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكره لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا أعتق لانه أمكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق فيه ضمان أصلا وهو الطلاق فكان مختاراً فى الاعتاق فلا يكون الاتلاف مضافا الى المكره فلا يضمن وكذلك اذا كانت المرأة غير مدخول بها ولكن الاكراه ناقص ففعل المكره أحدهما لا ضمان على المكره لما مر ان الاكراه الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكره لان الضرورة لا تتحقق به فكان مختاراً مطلقا فيه فلا يؤاخذ به المكره هذا اذا اكره على الاعتاق فاما اذا أكره على التوكيل بالاعتاق فوكل غيره به ففعل الوكيل فالقياس ان لا يصح التوكيل ولا يجوز اعتاق الوكيل لان التوكيل تصرف يحتمل الفسخ فاشبه البيع ولهذا يبطله الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكراه كما لا يصح البيع وفى الاستحسان يجوز لان الاكراه لا يمنع صحة الاعتاق فلا يمنع صحة التوكيل بالاعتاق بخلاف البيع فان الاكراه يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به وأما قوله انه يحتمل الفسخ والهزل فنعم لكنه تصرف قولى فلا يعمل عليه الاكراه كما لا يعمل على الاعتاق والطلاق والنكاح وغيرها بخلاف البيع فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطى وانما الايجاب والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الاكراه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا نفذ اعتاق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكره الاكراه على التوكيل بالاعتاق لا على الاعتاق وانما الاعتاق حصل باختيار الوكيل ورضاه فلا يكون مضافا الى المكره كشهود التوكيل بالاعتاق اذا رجعوا لا يضمنون لانهم شهدوا بالوكالة بالاعتاق كذا ههنا وجه الاستحسان ان الاكراه على التوكيل بالاعتاق اكراه على الاعتاق لانه اذا وكل بالاعتاق ملك الوكيل اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله فكان الاتلاف مضافا الى المكره فيؤاخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعل بامره أمراً صحيحاً وان كان الاكراه ناقصاً فلا ضمان على المكره لما مر غير مرة وأما النكاح فلعموم قوله تبارك وتعالى وانكحوا الايامى منكم وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص ولان النكاح تصرف قولى فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق والعتاق ثم اذا اجاز النكاح مع الاكراه فلا يخلو اما ان أكره الزوج أو المرأة فان أكره الزوج

فلا

فلا يخلو اما ان يكون المسمى فى النكاح مقدار مهر المثل واما ان يكون أقل من مهر المثل واما ان يكون أكثر منه فان كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل منه يجب المسمى ولا يرجع به على المكره لانه ما أتلف عليه ماله حيث عوضه بمثله لان منافع البضع جعلت أموالا متقومة شرعا عند دخولها فى ملك الزوج لكونها سببا لحصول الآدمى تعظيما للآدمى وصيانة له عن الابتذال واذا لم يوجد الاتلاف فلا يجب عليه الضمان وان كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة لان تسمية الزيادة على قدر مهر المثل لم تصح مع الاكراه فبطلت وجعل كأنه لم يفرض الا قدر مهر المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه لا يؤثر فى النكاح ويؤثر فى ايجاب المال كما يؤثر فى الاقرار بالمال فكان ينبغى ان لا تصح تسمية المهر أصلا الا انها صحت فى قدر مهر المثل شرعا لان الشرع لو أبطل هذا القدر لأثبته ثانيا فلم يكن الابطال مفيدا فلم يبطل لئلا يخرج الابطال مخرج العبث ولا ضرورة فى الزيادة فلا تصح تسميتها هذا اذا أكره الزوج على النكاح فاما اذا أكرهت المرأة فان كان المسمى فى النكاح قدر مهر المثل أو أكثر منه جاز النكاح ولزم وان كان المسمى أقل من مهر المثل بان أكرهت على النكاح بالف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياؤها وهم مكرهون جاز النكاح لما ذكرنا وليس للمرأة على المكره من مهر مثلها شىء لان المكره ما أتلف عليها مالا لان منافع البضع ليست بمتقومة بانفسها وانما تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر المسمى فلم يوجد من المكره اتلاف مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الضمان على الشهود أيضا لانه لما لم يجب على المكره فلأن لا يجب على الشهود أولى ثم ينظر ان كان الزوج كفأ فقال للزوج ان شئت فكمل لها مهر مثلها والا فنفرق بينكما فان فعل لزم النكاح وان أبى تكميل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان لان لها فى كمال مهر مثلها حقا لانها تعير بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار واذا فرق بينهما قبل الدخول بها لا شىء على الزوج لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ولو رضيت بالنقصان صريحا أو دلالة بان دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها فى التفريق لكن بقى حق الاولياء فيه عند أبى حنيفة فلهم ان يفرقوا وعندهما ليس للاولياء حق التفريق لنقصان المهر على ما عرف فى كتاب النكاح ولو دخل بها على كره منها لزمه تكميل مهر المثل لان ذلك دلالة اختيار التكميل وان لم يكن الزوج كفأ فللمرأة خيار التفريق لانعدام الكفاءة ونقصان مهر المثل أيضا وكذا الاولياء عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة أما لا خيار لهم لنقصان مهر المثل فان سقط أحد الخيارين عنها يبقى لها حق التفريق لبقاء الخيار الآخر وان سقط الخياران جميعا فللاولياء خيار عدم الكفاءة بالاجماع وفى خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان الزوج اذا دخل بها قبل التفريق على كره منها حتى لزمه التكميل بطل خيار النقصان وبقى لها عدم خيار الكفاءة ولو رضيت بعدم الكفاءة أيضا صريحا ودلالة بان دخل بها الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعا وبطل حقها فى التفريق أصلا لكن للاولياء الخياران جميعا وعندهما أحدهما دون الآخر ولو فرق بينهما قبل الدخول بها لا شىء على الزوج لان الفرقة ما جاءت من قبله بل من قبل غيره فلا يلزمه شىء وأما الرجعة فلعموم قوله تبارك وتعالى وبعولتهن أحق بردهن عاما من غير تخصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء واللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والاكراه لا يعمل على النوعين فلا يمنع جوازها والله سبحانه وتعالى أعلم وأما اليمين والنذر بأن أكره على ان يوجب على نفسه صدقة أو حجا أو شيأ من وجوه القرب والظهار والايلاء والفىء فى الايلاء فلعمومات النصوص الواردة فى هذه الابواب من غير تخصيص الطائع قال الله تبارك وتعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقال سبحانه وتعالى وليوفوا نذورهم وقال جل شأنه يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أى بالعهود ولان النذر يمين وكفارته كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سبحانه وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم وقال جلت عظمته وكبرياؤه للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ولان هذه تصرفات قولية وقد مر ان الاكراه

بطريق الظهور واما بطريق الاستناد على ماعرف فى مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وههنا بخلافه على
مامر واذاقال البائع أجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو الاكراه والاجازة ازالة الاكراه وكذا اذاقبض
الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة كالفضولى اذاباع مال غيره فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشترى الاول ولكن
أعتقه المشترى قبل الاجازة نفذ اعتاقه لان الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أولا لان شراءه صحيح فيفيد
الملك بنفسه بخلاف اعتاق المشترى الاول قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض ولو
أعتقه المشترى الاخير ثم أجاز البائع العقد الاول لم تجز اجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان
شاء رجع بها على المكره والمكره يرجع على المشترى الاول وان شاء رجع على أحد المشتريين أيهما كان أما الرجوع
على المكره فلماذ كرنا فى اعتاق المشترى الاول انه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الاتلاف وللمكره
أن يرجع بذلك على المشترى الاول لانه ملك المضمون باداء الضمان فنزل منزلة البائع وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان
فكذا له ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء لان كل واحد منهما
فى حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين المشترى الاول برئ المكره وصحت البياعات كلها لانه ملك
المشترى الاول باختيار تضمينه فتبين انه باع ملك نفسه فصح فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين
المشترى الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك و بطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك
المضمون فتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره
هو البائع فأما اذا كان المكره هو المشترى دون البائع فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض و بعد القبض حق
الفسخ للمشترى دون البائع لماذ كرنا فى اكراه البائع وللمشترى أن يجيز هذا العقد كما للبائع اذا كان مكرها ولو أكره
على الشراء والقبض ودفع الثمن والمشترى عبد فاعتقه المشترى فذلك اجازة للبيع لان هذه التصرفات لا تحتمل الفسخ
بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما للملك كالمشترى بشرط الخيار اذا فعل شيأ من ذلك وكذلك لو كان
المشترى أمة فوطئها أو قبلها بشهوة فهو اجازة للبيع لانه لو نقض البيع لتبين ان الوطء صادف ملك الغير وذلك حرام
والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدامه عليه التزاما للبيع دلالة ولو لم يقبضه المشترى حتى أعتقه البائع
نفذ اعتاقه لانه على ملكه قبل التسليم وان أعتقه المشترى نفذ اعتاقه استحسانا والقياس أن لا ينفذ وجه القياس ظاهر
لانه أعتق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم (وجه) الاستحسان أن
المشترى يملك اجازة هذا البيع فاقدامه على الاعتاق اجازة له تصحيحا لتصرفه وهذا لان تصرف العاقل تجب صيانته
عن الالغاء ما أمكن ولا صحة لتصرفه الا بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض الا بالاجازة فيقتضى الاعتاق اجازة هذا
العقد سابقا عليه أو مقارناله تصحيحا له كما فى قوله لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ولهذا نفذ اعتاق المشترى
بشرط الخيار كذا هذا هذا اذا أعتقه المشترى وحده ولو أعتقاه جميعا معا قبل القبض فاعتاق البائع أولى لوجهين
أحدهما ان ملك البائع ثابت مقصودا وملك المشترى يثبت ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق
البائع أولى والثانى أن ملك البائع ثابت فى الحال وملك المشترى يثبت فى الثانى فاعتبار الموجود للحال أولى هذا اذا كان
المكره هو البائع أو المشترى فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشراء فلكل واحد منهما خيار الفسخ والاجازة لان
البيع فاسد فى حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فكان بمحل الفسخ والاجازة فان أجازا جميعا جاز وان أجاز
أحدهما دون الآخر جاز فى جانبه و بقى الخيار فى حق صاحبه ولو أعتقه المشترى قبل وجود الاجازة من أحدهما
أصلا نفذ اعتاقه ولزمه القيمة لان الاعتاق تصرف لا يحتمل النقض فكان اقدامه عليه التزاما للبيع فى جانبه ولا
تجوز اجازة البائع بعد ذلك لانه خرج من أن يكون محلا للاجازة بالاعتاق لماذ كرنا أن قيام المحل وقت الاجازة شرط
صحة الاجازة وقد هلك بالاعتاق ولو لم يعتقه المشترى ولكن أجاز أحدهما البيع ثم اعتقاه معا نفذ اعتاق البائع و بطل

اعتاق المشترى لانه لا يخلو اما ان كانت الاجازة من المشترى أو من البائع فان كانت من المشترى نفذ اعتاق البائع لان اجازة المشترى لم تعمل فى جانب البائع فبقى البائع على خياره فاذا أعتق نفذ اعتاقه و بطل اعتاق المشترى لانه أبطل خياره بالاجازة وان كانت الاجازة من البائع فتنفيذ اعتاقه أولى أيضا لما ذكرنا من الوجهين فى اكراه المشترى ولو أجاز البائع البيع ثم أعتق المشترى ثم أعتق البائع بعده نفذ اعتاق المشترى ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البائع أما نفوذ اعتاق المشترى فلبقاء الخيار له وأما عدم نفوذ اعتاق البائع فلسقوط خياره بالاجازة (وأما) لزوم الثمن المشترى فللزوم البيع فى الجانبين جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى أيضا فى باب البيع والشراء الاكراه التام والناقص لان كل ذلك يفوت الرضا ويستوى فى الاكراه على البائع تسمية المشترى وترك التسمية حتى يفسد البيع فى الحالين جميعا لان غرض المكره فى الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البائع وذلك يحصل بالبيع من أى انسان كان ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يوما أو القيد يوما فليس ذلك من الاكراه فى شئ لان ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل هذا اذا ورد الاكراه على البيع والتسليم فأما اذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع والمبيع عبده فولى العبد بالخيار ان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن الوكيل أو المشترى فان ضمن الوكيل رجع على المشترى وان ضمن المشترى لا يرجع على أحد أما ولاية تضمين المكره فلان الاكراه على التوكيل بالبيع اكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل لان التوكيل بالبيع تسبيب الى ازالة اليد وانه اتلاف معنى فكان التلف بهذه الواسطة مضافا الى المكره فكان له ولاية تضمين المكره وأما تضمين الوكيل فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشترى وقبض مال الانسان بغير رضاه سبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء فان ضمن الوكيل يرجع عن المشترى بقيمة العبد لانه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع ولكن لا ينفذ ذلك البيع باداء الضمان لانه ما ملكه باداء الضمان لانه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف نفاذه على اجازة من وقع له العقد وهو المالك لا على فعل يوجد منه وهو أداء الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لانه ملكه باداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضا قبل أداء الضمان لان الغاصب انما يملكه بأداء الضمان ومن الجائز أن لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان اختار تضمين المشترى لا يرجع المشترى على أحد لان القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل ثم ان كان البائع قبض الثمن من المشترى يسترده منه وان كان لم يقبضه فلا شئ والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان كالاكراه تاما فان كان ناقصا لا يرجع المكره بالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل أو المشترى لما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الاكراه على الهبة فيوجب فسادها كالاكراه على البيع حتى انه لو وهب مكرها وسلم مكرها ثبت الملك كما فى البيع الا انهما يفترقان من وجه وهو ان فى باب البيع اذا باع مكرها وسلم طائعا يجوز البيع وفى باب الهبة مكرها لا يجوز سواء سلم مكرها أو طائعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الاكراه لان الشفعة فى معنى البيع ألا ترى انه لا يتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الاكراه على الابراء عن الحقوق لان الابراء فيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح فى المجهول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك الابراء عن الكفالة بالنفس ابراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذى هو وسيلة المال فكان ملحقا بالبيع الذى هو تمليك المال فيعمل عليه الاكراه كما يعمل على البيع والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكراه على الانشاء فأما اذا كان على الاقرار فيمنع صحة الاقرار سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضى بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم وانما يترجح جنبة الوجود على جنبة العدم

بالصدق وحال الاكراه لايدل على الصدق لان الانسان لا يتحرج عن الكذب حالة الاكراه فلايثبت الرجحان ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تبارك وتعالى ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على أنفسهم ليس الا الاقرار على أنفسهم والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الاكراه ولو أكره على الاقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى لان الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة فلما لم يصح هناك فلأن لا يصح ههنا أولى ولو أكره على الاقرار بذلك ثم خلى سبيله قبل أن يقر به ثم أخذه فأقر به من غير تجديد الاكراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر المكره حين ماخلى سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حتى بعث من أخذه ورده اليه فان كان قد توارى عن بصره ثم أخذه فاقر اقرارا مستقبلا جاز اقراره لانه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره فقد زال الاكراه عنه فاذا أقر به من غير اكراه جديد فقد أقر طائعا فصح وان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده اليه فأقر به من غير تجديد الاكراه لم يصح اقراره لانه اذا لم يتوار عن بصره فهو على الاكراه الاول ولو اكره على الاقرار بالقصاص فاقر به فقتله حين ما أقر به من غير بينة فان كان المقر معروفا بالذعارة يدرأ عنه القصاص استحسانا وان لم يكن معروفا بها يجب القصاص والقياس ان لا يجب القصاص كيف ما كان وجه القياس ان الاقرار عنه الاكراه لما لم يصح شرعا صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار كما لو قتله ابتداء وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصح مع الاكراه لكن لهذا الاقرار شبهة الصحة اذا كان المقر معروفا بالذعارة لوجود دليل الصدق فى الجملة وذا يورث شبهة فى وجوب القصاص فيدرأ للشبهة واذا لم يكن معروفا بالذعارة فاقراره لا يورث شبهة فى الوجوب فيجب ومثال هذا اذا دخل رجل على رجل فى منزله فخاف صاحب المنزل انه ذاعر دخل عليه ليقتله و يأخذ ماله فبادره وقتله فان كان الداخل معروفا بالذعارة لا يجب القصاص على صاحب المنزل وان لم يكن معروفا بالذعارة يجب القصاص عليه كذا هذا واذا لم يجب القصاص يجب الارش لان سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما انه لا يجب الارش أيضا اذا كان معروفا بالذعارة

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ما عدل المكره الى غير ماوقع عليه الاكراه أو زاد على ماوقع عليه الاكراه أو نقص عنه فنقول وبالله التوفيق العدول عما وقع عليه الاكراه الى غيره لا يخلو من وجهين اما ان يكون بالعقد فى الاعتقادات أو بالفعل فى المعاملات أما حكم العدول عما وقع عليه الاكراه بالعقد فى الاعتقادات فقد ذكرناها فيما تقدم (وأما) العدول الى غير ماوقع عليه الاكراه بالفعل فى المعاملات فنقول اذا عدل المكره الى غير ماوقع عليه الاكراه بالفعل جاز ما فعل لانه طائع فيما عدل اليه حتى لو أكره على بيع جاريته فوهبها جاز لانه عدل عما أكره عليه لتغاير البيع والهبة وكذلك لو طولب بمال وذلك المال أصله باطل وأكره على ادائه ولم يذكر له بيع الجارية فباع جاريته جاز البيع لانه فى بيع الجارية طائع ولو أكره على الاقرار بألف درهم فاقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما أكره عليه جاز لانه طائع فيما أقر به وهذا بخلاف ما اذا أكره على أن يبيع عبده من فلان بالف درهم فباعه منه بمائة دينار ان البيع فاسد استحسانا جائز قياسا فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسين مختلفين فى الاقرار قياسا واستحسانا واعتبرها جنسا واحدا فى الانشاء استحسانا لانهما جنسان مختلفان حقيقة الا انهما جعلا جنسا فى موضع الانشاء بل مخالفة الحقيقة لمعنى هو منعدم فى الاقرار وهو ان الفائت بالاكراه هو الرضا طبعا والاكراه على البيع بالف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بالف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار وقيمته الف لاتحاد المقصود منها وهو الثمنية فكان انعدام الرضا بالبيع باحدهما دليل على انعدام الرضا بالبيع بالآخر فكان الاكراه على البيع باحدهما اكراها على البيع بالآخر بخلاف ما اذا أكره على البيع بالف فباعه بمكيل أو موزون آخر سوى الدراهم والدنانير لان هناك المقصود مختلف فلم يكن كراهة البيع باحدهما كراهة البيع بالآخر وهذا المعنى لا يوجد فى الاقرار لان بطلان اقرار المكره لانعدام رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فى اختياره بدلالة الاكراه فيختص بمورد الاكراه وهو الدراهم فكان

صادقا في الاقرار بالدنانير لانعدام المانع من الرجحان فيه فهو الفرق (وأما) اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه بان أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بالفين جاز اقراره بالف و بطل بالف لانه في الاقرار بالالف الزائد طائع فصح ولو أكره على الاقرار لفلان فأقر له ولغيره فان صدقه الغير في الشركة لم يجز أصلا بالاجماع وان كذبه فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة وجه قول محمد أن المانع من الصحة عند التصديق هو الشركة في مال لم يصح الاقرار بنصفه شائعا فاذا كذبه لم يثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذ هو فيما أقر له به طائع وجه قولهما أن الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به ألف مشتركة فلو صح اقراره لغير المقر له بالاكراه لم يكن المخبر به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره وهذه فريعة اختلافهم في المريض مرض الموت اذا أقر لوارثه ولاجنبي بالدين انه لا يصح اقراره أصلا بالاجماع ان صدقه الاجنبي بالشركة وان كذبه فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو أكره على هبة عبده لعبد الله فوهبه لعبد الله و زيد فسدت الهبة في حصة عبد الله وصحت في حصة زيد لانه مكره في حصة عبد الله لورود الاكراه على كل العبد والاكراه على كل الشيء اكراه على بعضه فلم تصح الهبة في حصته طائع في حصة زيد وأنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فصحت في حصته ولو كان مكان العبد الف فالهبة في الكل فاسدة بالاجماع بين أصحابنا أما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فظاهر لان هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكره أولى (وأما) على أصلهما فلانه لما وهب الالف منهما والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الاكراه كان واهبا نصف الالف من الآخر وهذه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وانه لا يصح بلا خلاف بين أصحابنا بخلاف حالة الطواعية والله تعالى أعلم هذا اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه فأما اذا نقص عنه بأن أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بخمسمائة فاقراره باطل لان الاكراه على الف اكراه على خمسمائة لانها بعض الالف والاكراه على كل شيء اكراه على بعضه فكان مكرها بالاقرار بخمسمائة فلم يصح ولو أكره على بيع جاريته بألف درهم فباعها بالفين جاز البيع بالاجماع ولو باعها بأقل من ألف فالبيع فاسد استحسانا جائز قياسا وجه القياس أن المكره عليه هو البيع بالف فاذا باع بأقل منه فقد عقد عقدا آخر اذ البيع بالف غير البيع بخمسمائة فكان طائعا فيه فجاز وجه الاستحسان ان غرض المكره هو الاضرار بالبائع بازالة ملكه وان قل الثمن فكان الاكراه على البيع بالف اكراها على البيع بأقل منه فبطل بخلاف ما اذا باعه بالفين لان حال المكره دليل على أنه لا يأمره بالبيع بأوفر الثمنين فكان طائعا في البيع بالفين فجاز والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب المأذون ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الاذن بالتجارة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة وفي بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك وفي بيان ما يملك المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك وحكم تصرفه وفي بيان حكم الغرور في العبد المأذون وفي بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون وفي بيان ما يبطل به الاذن و يصير محجورا وفي بيان حكم تصرف المحجور (أما) الاول فنقول و بالله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان صريح ودلالة والصريح نوعان خاص وعام وكل واحد منهما أنواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى وقت (أما) الخاص المنجز فهو أن يأذن له في شيء بعينه مما لا يؤذن في مثله للتجارة عادة بان يقول له اشتر لي بدرهم لحما أو اشتر لي طعاما رزقا لي أو لاهلي أولك أو اشتر لي ثوبا أو لاهلي أو لاهلك أو اشتر ثوبا فاقطعه قميصا ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة عادة و يصير مأذونا فيما تناوله الاذن خاصة استحسانا والقياس أن يصير مأذونا بالتجارات كلها لان الاذن بالتجارة مما لا يتجزى فكان الاذن في تجارة اذنا في الكل وجه الاستحسان ان الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه الاستخدام عرفا وعادة فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة مع ما انه لو جعل الاذن بمثله اذنا

بالتجارات كلها لصار المأذون بشراء البقل مأذونا في التجارة وفيه سد باب استخدام المماليك و بالناس حاجة اليه فاقتصر على مورد الضرورة (وأما) العام المنجز فهو أن يقول أذنت لك في التجارات أو في التجارة و يصير مأذونا في الانواع كلها بالاجماع (وأما) اذا أذن له في نوع بان قال اتجر في البر أو في الطعام أو في الدقيق يصير مأذونا في التجارات كلها عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذونا الا في النوع الذي تناوله ظاهر الاذن وكذلك اذا قال له اتجر في البر ولا تتجر في الخز لا يصح نهيه وتصرفه و يصير مأذونا في التجارات كلها وعلى هذا اذا أذن له في ضرب من الصنائع بان قال له اقعد قصارا أو صباغا يصير مأذونا في التجارات والصنائع كلها حتى كان له أن يقعد صيرفيا وصائغا وكذلك اذا أذن له أن يتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا أبدا ما لم يحجر عليه وجه قولهما ان العبد متصرف عن اذن فلا يتعدى تصرفه مورد الاذن كالوكيل والمضارب ولهذا يثبت حكم تصرفه لمولاه (ولنا) أن تقييد الاذن بالنوع غير مفيد فيلغو استدلالا بالمكاتب وهذا لان فائدة الاذن بالتجارة تمكين العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة وهو الربح وهذا في النوعين على نمط واحد وكذا الضرر الذي يلزمه في العقد عسى لا يتفاوت فكان الرضا بالضرر في أحد النوعين رضا به في النوع الآخر فلم يكن التقييد بالنوع مفيدا فيلغو و يبقى الاذن بالتجارة عاما فيتناول الانواع كلها مع ما أنه وجد الاذن في النوع الآخر دلالة لان الغرض من الاذن هو حصول الربح والنوعان في احتمال الربح على السواء فكان الاذن باحدهما اذنا بالآخر دلالة ولهذا يملك قبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى صريحا لوجوده دلالة كذا ههنا (وأما) الخاص المعلق بشرط فهو ان يقول ان قدم فلان فاشتر لي بدرهم لحما ونحو ذلك والمضاف الى وقت أن يقول اشتر لي بدرهم لحما غدا أو راس شهر كذا (وأما) العام المعلق بشرط فهو أن يقول ان قدم فلان فقد أذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت أن يقول أذنت لك بالتجارة غدا أو رأس شهر كذا وكل واحد من النوعين يصح معلقا ومضافا كما يصح مطلقا بخلاف الحجر انه لا يصح تعليقه بشرط ولا اضافة الى وقت بان يقول للمأذون ان قدم فلان فانت محجور أو فقد حجرت عليك غدا أو رأس شهر كذا ووجه الفرق أن الاذن تصرف اسقاط لان انحجار العبد ثبت حقا لمولاه و بالاذن أسقطه والاسقاطات تحتمل التعليق والاضافة كالطلاق والعتاق ونحوهما فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثبات لا يحتمل التعليق والاضافة كالرجعة ونحوها ولهذا قال أصحابنا ان الاذن لا يحتمل التوقيت حتى لو أذن لعبده بالتجارة شهرا أو سنة يصير مأذونا أبدا ما لم يوجد المبطل للاذن كالحجر وغيره الا أن يؤقت الاذن الى وقت اضافة الحجر اليه لان معناه اذا مضى شهر أو سنة فقد حجرت عليك أو حجرت عليك رأس شهر كذا والحجر لا يحتمل الاضافة الى الوقت فلغت الاضافة و بقي الاذن بالتجارة مطلقا الى أن يوجد المبطل (وأما) الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع و يشتري فلا ينهاه و يصير مأذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذونا وجه قولهما أن السكوت يحتمل الرضا و يحتمل السخط فلا يصلح دليل الاذن مع الاحتمال ولهذا لم ينفذ تصرفه الذي صادفه السكوت (ولنا) أنه يرجح جانب الرضا على جانب السخط لانه لو لم يكن راضيا لنهاه اذ النهي عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالا مرجوحا فكان ساقط الاعتبار شرعا (وأما) التصرف الذي صادفه السكوت فان كان شراء ينفذ وان كان بيعا فانه لم ينفذ لانعدام المقصود من الاذن بالتجارة على ما نذكره ان شاء الله تعالى وسواء رآه يبيع بيعا صحيحا أو بيعا فاسدا اذا سكت ولم ينهه يصير مأذونا لان وجه دلالة السكوت على الاذن لا يختلف وكذلك لو رآه المولى يبيع مال أجنبي فسكت يصير مأذونا وان لم يجز البيع لما قلنا وكذلك لو باع مال مولاه والمولى حاضر فسكت لم يجز ذلك البيع و يصير مأذونا في التجارة لان غرض المولى من الاذن بالتجارة حصول المنفعة دون المضرة وذلك بالاكتساب ما لم يكن لا بازالة الملك عن مال كائن ولا ينجبر هذا الضرر بالثمن لان الناس رغائب في الاعيان ما ليس في ابدالها حتى لو كان شراء ينفذ لانه نفع محض ثم لا حكم للسكوت الا في مواضع

منها

منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشراء وقد ذكرناه (ومنها) سكوت البالغة البكر عند استئمار الولى أنه يكون اذنا وقت العقد و بعده يكون اجازة (ومنها) سكوت الشفيع اذا علم بالشراء انه يكون تسليما للشفعة (ومنها) سكوت الواهب أو المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه بحضرته أن يكون اذنا بالقبض (ومنها) سكوت المجهول النسب اذا باعه انسان بحضرته وقال له قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت انه يكون اقرارا منه بالرق حتى لا تسمع دعواه الحرية بعد ذلك (وأما) سكوت البائع بيعا صحيحا بثمن حال عند قبض المشترى بحضرته هل يكون اذنا بالقبض ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يكون اذنا كما فى البيع الفاسد ودلائل هذه المسائل نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى وعلى هذا اذا قال لعبده أد الى كل يوم كذا أو كل شهر كذا يصير مأذونا لانه لا يتمكن من اداء الغلة إلا بالكسب فكان الاذن باداء الغلة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال لعبده أد الى الفا وانت حر أو قال ان اديت الى ألفا فانت حر يصير ماذونا لان غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يتمكن من تحصيله الا بالتصرف فكان التعليق دليلا على الاذن وكذلك اذا قال له ادلى الفا وأنت حر فهذا والاول سواء لانه يستعمل فى التعليق عرفا وعادة ولو قال له أد وأنت حر لا يصير ماذونا و يعتق للحال لان هذا تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير ماذونا لانه لما كاتبه فقد جعله أحق بكسبه ولا يكون ذلك الا بالتجارة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لان الاذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصح الاذن للعبد بالغاً كان أو صبياً بعد ان كان يعقل البيع والشراء لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك من غير فصل فدل الحديث على جواز الاذن بالتجارة لانه عليه الصلاة والسلام ما كان ليجيب دعوة المحجور و يأكل من كسبه فتعين المأذون وكذا الاذن للامة والمدبرة وأم الولد بعد ان عقلوا التجارة لان اسم المملوك يتناول الكل وكذا يجوز الاذن للصبى الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الاذن للصبى بالتجارة بحال حراً كان أو عبداً وكذا سلامة العقل عن الفساد أصلا ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن للمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بالتجارة وعنده شرط (وجه) قوله ان الصبى ليس من أهل التجارة فلا يصح الاذن له بالتجارة وهذا لان أهلية التجارة بالعقل الكامل لانها تصرف دائرة بين الضرر والنفع فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبى ناقص فلا يكفى لاهلية التجارة ولهذا لم يعتبر عقله فى الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا (ولنا) قوله تبارك وتعالى وابتلوا اليتامى أمر سبحانه وتعالى الاولياء بابتلاء اليتامى والابتلاء هو الاظهار فابتلاء اليتيم اظهار عقله بدفع شىء من أمواله اليه لينظر الولى انه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك الا بالتجارة فكان الامر بالابتلاء اذنا بالتجارة ولان الصبى اذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة ظاهراً فكان أهلا للتجارة كالبالغ بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات الضارة المحضة لكونها ازالة الملك لا الى عوض فلم يجعل الصبى أهلا لها نظراً دفعاً للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة فى أحد نوعى الاذن بلا خلاف وبيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام فى الكتاب فالخاص ان يقول أذنت لعبدى فى التجارة لا على وجه ينادى أهل السوق فيقول بايعوا عبدى فلاناً فانى قد أذنت له فى التجارة ولا خلاف فى ان العلم بالاذن شرط لصحة الاذن فى هذا النوع لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام والفعل لا يعرف اعلاما الا بعد تعلقه بالمعلم ولان اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم حكم الاذن من الشرع لا يثبت فى حق المأذون الا بعد علمه به فعلى ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطاً لصحتها على ماذكرنا فى كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وأما فى الاذن العام فقد ذكرنا فى كتاب المأذون انه يصير مأذوناً وان لم يعلم به العبد وذكر فى الزيادات فيمن قال لاهل السوق بايعوا ابنى فلانا فبايعوه والصبى لا يعلم

بالاذن انه لا يصير مأذونا ما لم يعلم باذن الاب منهم من أثبت اختلاف الروايتين في جواز الاذن القائم من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين العبد والصبي فجعل العلم شرطاً في الصبي دون العبد (ووجه) الفرق ان انحجار العبد لحق مولاه فاذا أذن له فك عما يعته فقد أسقط حق نفسه فانفك الحجر فصار مأذوناً بخلاف الصبي لان انحجاره عن التصرف لحق نفسه لا لحق أبيه ألا ترى ان العهدة تلزمه دون أبيه فشرط علمه بالاذن الذي هو ازالة الحجر ليكون لزوم العهدة في التجارة مضافا اليه ويحتمل ان يفرق بينهما من وجه آخر وهوان الاذن على سبيل الاستفاضة سبب لحصول العلم لهما جميعاً الا ان السبب لا يقام مقام المسبب الا لضرورة والضرورة في حق العبد دون الصبي لان الناس يحتاجون الى مبايعة العبد المأذون لان الاذن للعبد بالتجارة من عادات التجار واذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب لحصول العلم غالبا فالناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر انه ليس بمأذون لانعدام العلم حقيقة فتتعلق ديونهم بذمة المفلس وتتأخر الى ما بعد العتق فيؤدى الى الضرر بهم بخلاف الصبيان لان اذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار والناس أيضا لا يعاملون الصبيان عادة ولو توقف الاذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان أحدهما من جهة المولى والثاني من جهة العبد أما الذي من جهة المولى فهو تشهيره الاذن واشاعته بان ينادي أهل السوق اني قد أذنت لعبدي فلان بالتجارة فبايعوه وهو المسمى بالاذن العام وأما الذي من جهة العبد فهو اخباره عن كونه مأذوناً بالتجارة بان لم يكن الاذن من المولى عاما أو قدم مصرا لم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاي أذن لي في التجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين أما الاول فلا شك فيه لحصول العلم للسامعين بحس السمع من الاذن ولغير السامعين بالنقل بطريق التواتر وأما الثاني فلان خبر الواحد مقبول في المعاملات ولا يشترط فيه العدد ولا العدالة ألا ترى انه لو جاء عبد أو أمة الى انسان فقال هذه هدية بعثني بها مولاي اليك جاز له القبول كذا هذا وهذا لان هذه المعاملات في العادات يتعاطاها العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع الناس في الحرج واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسع الناس ان يعاملوه غير انهم ان بنوا معاملاتهم على الاذن العام فعاملوه فلحقه دين يباع فيه كسبه ورقبته بدين التجارة وان عاملوه بناء على اخباره فلحقه دين يباع كسبه بالدين ولا تباع رقبته ما لم يحضر المولى فيقر باذنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف وما لا يملكه فنقول وبالله تعالى التوفيق كل ما كان من باب التجارة أو توابعها أو ضرورتها يملكه المأذون وما لا فلا لان كل ذلك داخل في الاذن بالتجارة فيملك الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض لان كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار وكذلك يملك البيع والشراء بغبن يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى ملكه الاب والوصي وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يملك (وجه) قولهما أن البيع بغبن فاحش في معنى التبرع ألا يرى أنه لو فعله المريض يعتبر من الثلث كما في سائر التبرعات والمأذون لا يملك التبرع (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا بيع وشراء على الاطلاق لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقا فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق أبو حنيفة رحمه الله بين المأذون وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشراء في المأذون وفرق بينهما في الوكيل حيث قال ان المأذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالاجماع (ووجه) الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغبن الفاحش في باب الوكالة لمكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما ظهر الغبن أظهر الشراء لموكله فلم يجز للتهمة حتى ان الوكيل لو كان وكل بشراء شئ بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة لانه لا يملك الشراء لنفسه ومعنى التهمة لا يتقدر في المأذون لانه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء وهل يملك المأذون ان

يبيع

يبيع شيأ من مولاه فان لم يكن عليه دين لا يتصور البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو أكثر جاز وان باعه بأقل من قيمته لم يجز عند أبى حنيفة أصلا وعندهما لا يجوز بقدر المحاباة وكذلك لو باع المولى شيأ منه فان لم يكن عليه دين لم يكن بيعاً لما قلنا وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو بأقل من قيمته جاز وان باعه بأكثر من قيمته لم يجز البيع عند أبى حنيفة وعندهما يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى المولى داراً بجنب دار العبد ان لم يكن على العبد دين فالشفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار الذى فى يد العبد خالص ملك المولى فلو أخذها بالشفعة لاخذها هو فكيف يأخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبد دين فله ان يأخذها بالشفعة ولو اشترى العبد داراً بجنب دار المولى فان لم يكن على العبد دين فلا حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان يأخذها بالشفعة وكذلك الصبى المأذون فى الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد المأذون على الاتفاق والاختلاف وهذا اذا باع من أجنبى أو اشترى منه فان باع من أبيه شيأ أو اشترى منه فان باع بمثل القيمة أو أكثر واشترى بمثل القيمة أو أقل جاز ولو كان فيه غبن فان كان مما يتغابن الناس فيه جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل أبيه كانه نائبه فى التصرف فصار كما لو اشترى الاب شيأ من مال ابنه بنفسه لنفسه أو اشترى شيأ من ماله بنفسه لابنه الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه أو اشترى منه فان لم يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالاجماع وان كان فيهما نفع ظاهر فان كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس فى مثله فكذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز وللمأذون أن يسلم فيما يجوز فيه السلم و يقبل السلم فيه لان السلم من قبل المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل رب السلم شراء الدين بالعين وكل ذلك تجارة وله ان يوكل غيره بالبيع والشراء لان ذلك من عادات التجار أو التاجر لا يمكنه ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة وكذا له ان يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر ان وكله ان يشترى أشياء بالنقد جاز استحسانا دفع اليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه والقياس ان لا تجوز هذه الوكالة (ووجهه) انها لو جازت للزمه العهدة وهى تسليم الثمن فيصير فى معنى الكفيل بالثمن ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته (وجه) الاستحسان ان التوكيل بالشراء بالنقد فى معنى التوكيل بالبيع ألا ترى انه لا يجب عليه تسليم المبيع فكان هذا فى معنى البيع لا فى معنى الكفالة ولو توكل عن غيره بشراء شئ نسيئة فاشترى لم يجز حتى كان الشراء للعبد دون الآخر لان الثمن اذا كان نسيئة لا يملك حبس المشترى الاستيفائه بل يلزمه التسليم الى الموكل فكانت وكالته فى هذه الصورة التزام الثمن فكانت كفالة معنى فلا يملكها المأذون وله ان يستأجر انسانا يعمل معه أو مكاناً يحفظ فيه أمواله أو دوابا يحمل عليها أمتعته لان استئجار هذه الاشياء من توابع التجارة وكذا له ان يؤاجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا ولان الاجارة من التجارة حتى كان الاذن بالاجارة اذناً بالتجارة وله ان يرهن و يرتهن و يعير و يودع و يقبل الوديعة لان ذلك كله من عادات التجار و يحتاج اليه التاجر أيضا وله ان يدفع المال مضاربة و يأخذ من غيره مضاربة لما قلنا ولان الاخذ والدفع من باب الاجارة والاستئجار والمأذون يملك ذلك كله وله ان يشارك غيره شركة عنان لانها من صنيع التجار و يحتاج اليه التاجر وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لان المفاوضة تتضمن الكفالة له ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة فاذا فاوض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفاوضة ولو اشترك عبدان مأذونان شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة جاز ما اشتريا بالنقد وما اشتريا بالنسيئة فهو له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة وقد ذكرنا انه يجوز ان يتوكل المأذون عن غيره بالشراء نقداً ولا يجوز ان يتوكل لغيره بالشراء نسيئة و يملك الاقرار بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك لامتنع الناس عن مبايعته خوفا من تواء أموالهم بالانكار عند تعذر اقامة البينة فكان اقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح و يملك الاقرار بالعين لان العادة قد جرت بشراء

كثيرمن الاشياء بظر وفيها فلوعلم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلتئم أمر التجارة ولا يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق أيضاً لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرارا على نفسه فلم يصح أصلا الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرماء وهل يصح اقراره بافتضاض أمة باصبعه غصبا قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما لا يصح وقال أبو يوسف رحمه الله يصح سواء كان عليه دين أولا و يضرب مولى الامة مع الغرماء فى ثمن العبد وهذا الخلاف مبنى على ان هذا الاقرار بالجناية أم بالمال فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى وعنده هذا اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى هذا اذا أقر بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة فان لم يصدقه المولى لم يصح اقراره حتى لا يؤاخذ به للحال لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بتجارة ولا هو فى معنى التجارة فيستوى فيه اقرار المأذون والمحجور وان صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يجز على الغرماء لان تصديقه يعتبر فى حق نفسه لا فى ابطال حق الغير فيباع فى دين الغرماء فان فضل شئ منه يصرف الى دين المرأة والا فيتأخر الى ما بعد العتق و يملك الاقرار بالحدود والقصاص لان المحجور يملك فالمأذون أولى واذا أقر به فلا يشترط حضرة المولى للاستيفاء بلا خلاف وهل يشترط حضور المولى عند قيام البينة عليها فيه خلاف نذكره فى موضعه وهل يملك تاخير دين له وجب على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التأخير يحتاج اليه وكذا هو من عادة التجار وان وجب له ولرجل آخر دين على انسان فاخر المأذون نصيب نفسه فالتاخير باطل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما جائز (وجه) قولهما ان التأخير منه تصرف فى ملك نفسه فيصح كما لو كان كل الدين له فاخره (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان التأخير لو صح لا يخلو اما ان يصح فى نصيب شريكه واما أن يصح فى نصيب نفسه لا سبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية وتصرف الانسان لا يصح فى غير ملك ولا ولاية ولا سبيل الى الثانى لانه قسمة الدين قبل القبض ألا ترى ان شريكه لو قبض شيأ من نصيبه قبل حلول الاجل يختص بالمقبوض ولا يشاركه فيه ومعنى القسمة هو الاختصاص بالمقسوم وقد وجد فثبت ان هذا قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة لان الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكمى فى الذمة وكل ذلك عدم حقيقة الا انه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل أحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الاعيان القائمة فيحتاج الى الاستقراض والشراء بثمن دين فاعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا حاجة الى قسمته فبقى فى حق القسمة على أصل العدم والعدم لا يحتمل القسمة واذا لم يصح التأخير عند أبى حنيفة رحمه الله فلو أخذ شريكه من الدين كان المأخوذ بينهما على الشركة كما قبل التأخير وعندهما كان المأخوذ له خاصة ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتأخير أسقط حق نفسه والمطالبة فاذا حل الاجل فهو بالخيار ان شاء شاركه فى المقبوض وان شاء أخذ حقه من الغريم لان الدين حل بحلول الاجل ولو كان الدين فى الاصل منهما جميعاً مؤجلا فاخذ أحدهما شيأ قبل حل الاجل شاركه فيه صاحبه لانه لما أخذ شيأ قبل حل الاجل فقد سقط الاجل عن قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعا فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال ولو كان الدين كله بينهما مؤجلا الى سنة فاخره العبد سنة أخرى لم يجز التأخير عند أبى حنيفة وعندهما يجوز حتى لو أخذ شريكه من الغريم شيأ فى السنة الاولى شاركه فيه عنده وعندهما لا يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يملك الابراء عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وهل يملك الحط فان كان الحط من غير عيب لا يملكه أيضا لما قلنا وان كان الحط من عيب بان باع شيأ ثم حط من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز لان مثل هذا الحط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشاً جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا أصل المسئلة فيما قبل وهل يملك الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه على بعض

حقه فان كان له عليه بينة لا يملكه لانه حط بعض الدين والحط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وان لم يكن له عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن له عليه بينة فلا حق له الا الخصومة والحلف والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح منفعة فيصح وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار فكان داخلا تحت الاذن بالتجارة ويملك الاذن بالتجارة بان يشتري عبدا فيأذن له بالتجارة لان الاذن بالتجارة من عادات التجار بخلاف الكتابة أنه لا يملكها المأذون لان الكتابة ليست من التجارة بل هي اعتاق معلق بشرط اداء بدل الكتابة فلا يملكها ويملك الاستقراض لانه تجارة حقيقة وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للمأذون ان يقرض لان القرض تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يكفل بمال ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا أذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب انه لا تجوز كفالته أصلا على ما مر في كتاب الكفالة ولا يهب درهما تاما لا بغير عوض ولا بعوض وكذا لا يتصدق بدرهم ولا يكسو ثوبا لانه تبرع ويجوز تبرعه بالطعام اليسير اذا وهب أو أطعم استحسانا والقياس أن لا يجوز لانه تبرع وان قل الا انا استحسنا الجواز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة عادة فكان الاذن فيه ثابتا بطريق الدلالة فيملكه ولهذا ملكت المرأة التصدق بشئ يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها لكونها مأذونة في ذلك دلالة كذا هذا ولا يتزوج من غير اذن مولاه لان التزوج ليس من باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطء بدون أحد الملكين منفي شرعا وسواء أذن له المولى بالتسرى أو لم يأذن له لما ذكرنا ان العبد لا يملك شيأ لانه مملوك فيستحيل أن يكون مالكا وبالاذن لا يخرج عن كونه مملوكا فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع لان التزويج ليس من التجارة وفيه أيضا ضرر بالمولى وهل له أن يزوج أمته قال أبو حنيفة ومحمد لا يزوج وقال أبو يوسف يزوج (وجه) قوله أن هذا تصرف نافع في حق المولى لانه مقابلة ما ليس بمال بمال فكان أنفع من البيع لانه يملك البيع فالنكاح أولى وجه قولهما أن الداخل تحت الاذن هو التجارة وانكاح الامة وان كان نافعا في حق المولى فليس بتجارة إذ التجارة مبادلة مال بمال ولم توجد فلا يملكه ولا يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال ألا ترى انه يعتق بنفس القبول فاشبه القرض ولا يملك القرض فلا يملك الاعتاق على مال وان أعتق على مال فان لم يكن عليه دين وقف على إجازة المولى بالاجماع فان أجاز جاز لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى انشاء العتق فيه فيملك الاجازة بالطريق الاولى وولاية قبض العوض للمولى لا للعبد لما ذكر وأن لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرماء حق في هذا المال لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يجز الاعتاق وأن أجاز المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ولا سبيل للغرماء على العوض بخلاف ما اذا كان مكان الاعتاق كتابة ان عندهما يتعلق حق الغرماء بالبدل وههنا لا يتعلق لان هذا كسب الحر وذاك كسب الرقيق وحق الغريم يتعلق بكسب الرقيق ولا يتعلق بكسب الحر ولا يكاتب سواء كان عليه دين أو لم يكن لان الكتابة ليست بتجارة فلا يملكها المأذون ولانها اعتاق معلق بالشرط وهو لا يملك الاعتاق فان كاتب فان لم يكن عليه دين وقف على اجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه دين فكسبه خالص ملك المولى لا حق لا حد فيه فيملك الاجازة ألا ترى أنه يملك الانشاء فالاجازة أولى فان أجاز نفذ وصار مكاتبا للمولى وولاية قبض بدل الكتابة للمولى لا للعبد لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل المولى في الكتابة وحقوق الكتابة ترجع الى المولى لا الى الوكيل لذلك لم يملك المأذون قبض بدل الكتابة وملكه المولى ولو لحق العبد بعد ذلك دين فليس للغرماء فيما على المكاتب حق لانه لما صار مكاتبا للمولى فقد صار كسبا منتزعا من يد المأذون فلا يكون للغرماء عليه سبيل وان كان المكاتب قد أدى جميع بدل الكتابة الى المأذون قبل اجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنفذ لانعدام شرط النفاذ وهو الاجازة وان كان عليه دين محيط برقبته وبما في يده لا تصح اجازة المولى عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لا يعتق اذا أدى البدل

لان كسب العبد المأذون الذى عليه دين محيط لا يكون ملكا للمولى عنده ولهذا لا يملك انشاء الكتابة فلا يملك الاجازة وعندهما تصح اجازته كما يصح انشاء الكتابة منه و يعتق اذا أدى و يضمن المولى قيمته للغرماء لتعلق حقهم به فصار متلفا عليهم حقهم وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفى منه الدين عندهما لتعلق حق الغرماء به قبل الاجازة بخلاف الاعتاق على مال وقد ذكرنا وجه الفرق لهما فكانت الاجازة فى معنى انشاء الكتابة ولو أنشأ ضمن القيمة عندهما كذا هذا وان لم يكن الدين محيطا برقبته و بما فى يده جازت اجازته بالاجماع و يضمن قيمته للغرماء لاتلاف حقهم والله الموفق للصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف فى المأذون وكسبه وما لا يملك وبيان حكم تصرفه فنقول و بالله التوفيق ان المولى يملك اعتاق عبده المأذون سواء لم يكن عليه دين أو كان عليه دين لان صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا أنه اذا لم يكن على العبد دين لا شئ على المولى وان كان عليه دين فالغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين لانه تصرف فى ملك نفسه وأتلف حق الغير لتعلق الغرماء بالرقبة فيراعى جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق و يراعى جانب الحق بايجاب الضمان مراعاة للجانبين عملا بالدليلين فينظر ان كانت قيمة العبد مثل الدين غرم ذلك وان كانت أكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت أقل منه غرم ذلك القدر لانه ما أتلف عليهم بالاعتاق الا القدر المتعلق برقبة العبد فيؤاخذ المولى بذلك و يتبع الغرماء العبد بالباقى وان شاؤا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسعوه فيه لان كل الدين كان واجبا عليه لمباشرة سبب الوجوب منه حقيقة وهو المعاملة الا أن رقبته تعينت لاستيفاء قدر ما يحتمله من الدين منها بتعيين المولى أو شرعا على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى فبقيت الزيادة على ذلك فى ذمة العبد وقد عتق فيطالب به وأيهما اختاروا اتباعه لا يبرأ الآخر لان اختيار التضمين فى باب الغصب يتضمن المغصوب والتمليك بعوض لا يحتمل الرجوع عنه فاما اختيار اتباع أحدهما ههنا لا يوجب ملك الدين منه ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبداً آخر خطأ وعلم المولى به فاعتقه وهو عالم به يصير مختاراً للفداء يغرم المولى تمام قيمة العبد المقتول ان كان قليل القيمة وان كان كثير القيمة بان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر غرم عشرة آلاف الا عشرة فرق بين الجناية والدين اذا أعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين أو لم يعلم وههنا يلزمه تمام القيمة اذا كان عالما بالجناية ووجه أن الفرق موجب جناية العبد على المولى وهو الدفع لكن جعل له سبيل الخروج عنه بالفداء بجميع الارش فاذا أعتقه مع العلم بالجناية فقد صار مختاراً للفداء فيلزمه الفداء بجميع قيمة العبد المقتول الا أن تكون عشرة آلاف أو أكثر فينقص منه عشرة اذ لا مزيد لدية العبد على هذا القدر فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقا للغرماء الا أن القيمة التى فى مالية الرقبة فانها تعلق بها و بالاعتاق ما أبطل عليهم الا ذلك القدر من حقهم فيضمنه والزيادة بقيت فى ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان قتل حرا خطأ فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الحر لان الاعتاق مع العلم بالجناية دليل اختيار الفداء ودية الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم فيغرمها المولى هذا اذا أعتقه المولى وهو عالم بالجناية فاما اذا لم يكن عالما بالجناية يغرم قيمة عبده لاولياء الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية وقت الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفداء لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم و يلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصلى على المولى هو دفع العبد بالجناية ألا ترى أنه لو هلك العبد قبل اختيار الفداء لا شئ على المولى وانما ينتقل من العين الى الفداء باختيار الفداء فاذا لم يكن الاعتاق قبل العلم دليل الاختيار بقى الدفع واجبا وتعذر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليته اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان على العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية فانه يغرم لاصحاب الدين قيمته كاملة و يغرم لاصحاب الجناية قيمة أخرى الا أن تكون قيمته عشرة آلاف أو أكثر فينقص منها عشرة لان حق أصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق أصحاب الجناية قد تعلق بالعين والمولى بالاعتاق

أبطل الحقين جمعاً فيضمنها ولو قتله أجنبي يضمن قيمة واحدة لان الضمان الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعدد ضمانها فاما الضمان الواجب بالاعتاق فضمان ابطال الحق فيتعدد ضمانه فهو الفرق والله تعالى الموفق فان قيل لم لا يشارك أصحاب الدين أصحاب الجناية فالجواب لاختلاف محل الحقين فالدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعذرت المشاركة والله تعالى أعلم وكذلك يملك اعتاق المدبر وأم الولد المأذونين في التجارة لما قلنا ولو أعتقهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد لان دين التجارة لم يتعلق برقبتهما لخروجهما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاء فلم يوجد منه اتلاف حق الغرماء فلا يضمن وهل يملك اعتاق كسب عبده المأذون لا خلاف في انه اذا لم يكن على المأذون دين أصلا يملك وينفذ اعتاقه ولا شئ عليه لان الاعتاق صادف محلا هو خالص ملكه لا حق لاحد فيه فينفذ ولا يضمن شيأ وان كان عليه دين فان كان كثيرا يحيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة رضي الله عنه الا أن يسقط حق الغرماء بان يقضي المولى دينهم أو تبرئه الغرماء من الدين أو يشتريه المولى من الغرماء وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى العبد فيه ويرجع على المالك والمسألة تعرف بان المولى يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قولهما أن رقبة المأذون وأن تعلق بها حق الغرماء فهي ملك المولى ألا ترى أنه ملك اعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين والدليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى في كسب العبد ثبت معدولا به عن الاصل انه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تبارك وتعالى وأن ليس للانسان إلا ما سعى وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص الا أن الكسب الفارغ عن حاجة العبد خص عن عموم النص وجعل ملكا للمولى فبقي الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النص هذا اذا كان الدين محيطا بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطا بهما فلا شك انه لا يمنع الملك عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط أولى (وأما) أبو حنيفة رضي الله عنه فقد كان يقول أولا يمنع حتى لا يصح اعتاقه شيأ من كسبه ثم رجع وقال لا يمنع وجه قوله الاول ما ذكرنا أن الفراغ شرط ثبوت الملك له فالشغل وان قل يكون مانعا وجه قوله الآخر أن المانع من ملك المولى كون الكسب مشغولا لحاجة العبد وبعضه مشغول وبعضه فارغ (فاما) أن يعتبر جانب الشغل في المنع من ثبوت الملك له في كله (واما) أن يعتبر جانب الفراغ في ايجاب الملك له في كله واعتبار جانب الفراغ أولى لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راعينا حق الملك باثبات الملك له وحق الغرماء باثبات الحق لهم فاذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغرماء وأبطلنا حق المالك أصلا فقضينا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق الغرماء بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملا بالدليلين بقدر الامكان ولهذا ثبت الملك للوارث في كل التركة اذا لم يكن الدين محيطا بها كذا هذا ولو أعتقه ثم قضى المولى دين الغرماء من خالص ملكه أو أبرأه الغرماء نفذ اعتاقه عند عامة أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا ينفذ وجه قول الحسن أن الاعتاق صادف كسبا مشغولا بحاجة العبد لان الملك ثبت مقصورا على حال القضاء والابراء فيمنع النفاذ كما اذا أعتق عبد مكاتبه ثم عجز المكاتب انه لا ينفذ اعتاقه كذا هذا (ولنا) أن النفاذ كان موقوفا على سقوط حق الغرماء وقد سقط حقهم بالقضاء والابراء فظهر النفاذ من حين وجوده من كل وجه بخلاف ما اذا أعتق عبدا من أكساب مكاتبه لان المكاتب أحق باكسابه من المولى لانه فيما يرجع الى اكسابه كالحر وبالعجز لا يتبين انه لم يكن أحق بكسبه فلم ينفذ اعتاق المولى وعلى هذا الخلاف لو أعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم قضى الوارث الدين من مال نفسه أو أبرأ الغرماء الميت من الدين انه ينفذ اعتاقه خلافا للحسن ولو وطئ المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت

الجارية أم ولد له وغرم قيمة الجارية للغرماء ولا يغرم لهم شيأ من عقرها قليلا ولا كثيراً أما صحة الدعوة فلان ملك المولى ان لم يظهر فى الكسب فى الحال عند أبى حنيفة رضى الله عنه فله فيه حق الملك فصحت دعوته (وأما) لزوم قيمة الجارية للغرماء فلانه بالدعوة أبطل حقهم (وأما) عدم وجوب العقر فلان المانع من ظهور ملكه فى الكسب حق الغرماء وقد سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد فتبين انه وطئ ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولو أعتق المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط ثم وطئها فجاءت بولد فادعاه المولى صحت دعوته والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغرماء لما قلنا لان الاعتاق السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال فكان حق الملك ثابتاً له الا أن الجارية ههنا تصير حرة بالاعتاق السابق وعلى المولى العقر للجارية أما صيرورتها حرة بالاعتاق السابق فلان الاعتاق السابق كان نفاذه موقوفا على سقوط حق الغرماء وقد سقط بدعوة المولى فنفذ فصارت حرة بذلك الاعتاق (وأما) لزوم العقر للجارية فلان الوطء صادف الحرة من وجه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ويملك المولى بيع العبد المأذون اذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان كان عليه دين لا يملك بيعه الا باذن الغرماء أو باذن القاضى بالبيع للغرماء أو بقضاء الدين ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لا يملك بيعه الا باجازة الباقين لما نذكره فى بيان حكم تعلق الدين ويملك أخذ كسب العبد من يده اذا لم يكن عليه دين لانه فارغ عن حاجته فكان خالص ملكه ولو لحقه دين بعد ذلك فالمأخوذ سالم للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه كونه فارغا عند الاخذ وقد وجد ولو كان الكسب فى يد العبد ولا دين عليه فلم يأخذ المولى حتى لحقه دين ثم أراد أن يأخذه لا يملك أخذه لانه لم يوجد الفراغ عند الاخذ فلم يوجد الشرط وان كان عليه دين وفى يده كسب لا يملك أخذه لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرماء به ولو أخذه المولى فللغرماء أن يأخذوه منه ان كان قائماً وقيمته ان كان هالكا لتعلق حقهم بالمأخوذ فعليه رد عينه أو بدله ولو لحقه دين آخر بعد ما أخذه المولى اشترك الغرماء الاولون والآخرون فى المأخوذ وأخذوا عينه أو قيمته لان زمان الاذن مع تعدده حقيقة فى حكم زمان واحد كزمان المرض فكان زمان تعلق الديون كلها واحدا لذلك اشتركوا فيه ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد فى كل شهر فلحقه دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له قبض الغلة مع قيام الدين ينظر ان كان يأخذ عليه مثله جاز له ذلك استحسانا والقياس أن لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا انا استحسنا الجواز نظراً للغرماء لان الغلة لا تحصل الا بالتجارة فلو منع المولى عن أخذ غلة المثل لحجره عن التجارة فلا يتمكن من الكسب فيتضرر به الغرماء فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى غرضهم فكان تحصيلا للغلة من حيث المعنى وليس له ان يأخذ أكثر من غلة المثل ولو أخذ رد الفضل على الغرماء لان امتناع ظهور حقهم فى غلة المثل للضرورة ولا ضرورة فى الزيادة فيظهر حقهم فيها مع ما ان فى اطلاق ذلك اضرارا بالغرماء لان المولى يوظف عليه غلة تستغرق كسب الشهر فيتضرر به الغرماء وعلى هذا اذا كان على العبد دين وفى يده مال فاختلف العبد والمولى فالقول قول العبد ويقضى منه الدين لان الكسب فى يده والمأذون فى اكسابه التى فى يده كالحر ولو كان المال فى يدهما فهو بينهما لاستوائهما فى اليد وان كان ثمة ثالث فهو بينهم أثلاثا لما قلنا ولو لم يكن عليه دين فاختلف العبد والمولى وأجنبى فهو بين المولى والاجنبى لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليده فكانت يده ملحقة بالعدم فبقيت يد المولى والاجنبى فكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن العبد فى منزل المولى فان كان فى منزل المولى وفى يده ثوب فاختلفا فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لانهما استويا فى ظاهر اليد وترجح يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لان الظاهر شاهد للمولى ولو كان العبد راكبا على دابة أولابسا ثوبا فهو للعبد سواء كان من تجارته أو لم يكن لانه ترجح يده بالتصرف فكانت أولى من يد المولى ولو تنازع المأذون وأجنبى فيما فى يده من المال فالقول قول العبد لما ذكرنا انه فيما يرجع الى السيد كالحر ولو آجر الحر أو المأذون نفسه من خياط يخيط معه أو من تاجر يعمل معه وفى يد الاجير ثوب واختلفا فقال المستأجر هو لى وقال الاجير هو لى فان كان الاجير فى حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط

وان

وان لم يكن فى منزله وكان فى السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان فى دار الخياط ودار الخياط فى يد الخياط كان الاجير مع مافى يده فى يد الخياط ضرورة واذا كان فى السكة لم يكن هو فى يده فكذا مافى يده كما لو كان مكان الاجير أجنبي ولو آجر المولى عبده المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى والمستأجر فهو للمستأجر سواء كان العبد فى منزل المستأجر أو لم يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن فى منزل المستأجر أنه يكون للاجير دون المستأجر (ووجه) الفرق بان يد العبد يد نيابة عن المولى وقد صار مع مافى يده بالاجارة فى يد المستأجر فكان القول قول صاحب اليد فاما يد الاجير فيد اصالة اذ هو فى حق اليد كالحر فلا يصير بنفس الاجارة فى يد المستأجر ولو كان المحجور فى منزل المولى فهو للمولى لانه اذا كان فى منزل المولى كان فى يده لكون منزله فى يده فتزول يد المستأجر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الغرور فى العبد المأذون فنقول وبالله التوفيق اذا جاء رجل بعبد الى السوق وقال هذا عبدى أذنت له بالتجارة فبايعوه فبايعه أهل السوق فلحقه دين ثم استحق أو تبين انه كان حراً أو مدبراً أو أم ولد فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الرجل حراً واما ان كان عبداً فان كان حراً فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدين أما وجوب أصل الضمان عليه فلانه غرهم بقوله هذا عبدى فبايعوه حيث أضاف العبد الى نفسه وأمرهم بمبايعته فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان أمره اياهم بالمبايعة اخبار منه عن كونه مأذوناً فى التجارة واضافة العبد الى نفسه اخبار عن كونه ملكاله والاذن بالتجارة مع عبد الاذن يوجب تعلق الدين برقبته فكان الاذن مع الاضافة دليلا على الكفالة عما يتعلق برقبته التى هى مملوكة له فيؤخذ بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) وجوب الاقل من قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللغرماء أن يرجعوا على الذى ولى مبايعتهم ان كان حراً لانه الذى باشر سبب الوجوب حقيقة وان كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد يرجع عليهم بعد العتاق لان رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق وسواء قال أذنت له بالتجارة أو لم يقل لان الامر بالمبايعة يغنى عن التصريح بالاذن وسواء أمر بتجارة عامة أو خاصة لان التخصيص لغو عندنا بخلاف ما اذا قال مابايعت فلانا من البز فهو على أنه لا يصير كفيلا بغيره لان هناك التخصيص صحيح لوقوع التصرف فى كفالة مقصودة والكفالة المقصودة محتملة للتخصيص فأما ههنا فالكفالة له ماثبتت مقصودة وانما ثبتت مقتضى الامر بالمبايعة والامر لا يحتمل التخصيص فكذا الكفالة هذا اذا أضاف العبد نفسه وأمرهم بمبايعته فأما اذا وجد أحدهما دون الآخر لا ضمان عليه لان معنى الكفالة لا يثبت بأحدهما دون الآخر فلا بد من وجودهما ولو كان هذا العبد الذى أضافه الى نفسه وامر الناس بمبايعته ملكا للآمر فدبره المولى ثم لحقه دين بعد التدبير لم يضمن المولى شيأ لانه لم يغرهم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه ضمان الغرور وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لانعدام الدين عنده وكذا لو أعتقه المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الآمر حراً فاما اذا كان عبداً فان كان محجوراً فلا ضمان عليه حتى يعتق لان هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال وان كان مأذونا أو مكاتباً وكان المأذون حراً لا ضمان على الآمر فى شئ وكذا لو كان الآمر صبياً مأذوناً لان المأذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهما للحال ولكنها تنعقد فيؤاخذ به بعد العتق والصبى لا تنعقد كفالته فلا يؤاخذ بالضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدين الذى يلحق المأذون فنقول وبالله التوفيق حكمه تعلقه بمحل يستوفى منه اذا ظهر فلا بد من بيان سبب تعلق الدين وبيان سبب ظهور الدين وبيان حكم التعلق أما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق الدين أسباب منها التجارة من البيع والشراء والاجارة والاستئجار والاستدانة ومنها ماهو فى معنى التجارة كالغصب وجحود الامانات من الودائع ونحوها لان الغصب وجحود الامانة سبب لوجوب الملك فى المغصوب والمجحود فكان فى معنى التجارة وكذا الاستهلاك مأذوناً كان أو محجوراً بأن عقر دابة أو خرق ثوباً خرقاً فاحشاً

لانه سبب لثبوت الملك فى العين قبل الهلاك فكان فى معنى التجارة وكذلك عقر الجارية المستحقة بان اشترى جارية فوطئها ثم استحقت لان الواجب وان كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم الا بالعقد فتلحق بالواجب بالعقد فكان فى حكم ضمان التجارة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ومنها النكاح باذن المولى لانه لم يشرع بدون المهر

﴿ فصل ﴾ وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيئان أحدهما اقراره بالدين وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفى منه وهو ما ذكرنا لان اظهار ذلك بالاقرار من ضرورات التجارة على ما بينا فيملكه المأذون والثانى قيام البينة على ذلك عند الانكار لان البينة حجة مظهرة للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضى عليه ولو كان محجورا فاقامت البينة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى (ووجه) الفرق أن الشهادة فى المأذون قامت عليه لا على المولى لان يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور لانه لا يد له فلا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب ولو ادعى على العبد المحجور وديعة مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤاخذ بضمان وديعة مستهلكة للحال عندهما وانما يؤاخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان اليه وعنده يؤخذ به للحال فلا يتوقف والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك لو أقامت البينة على اقرار المأذون بذلك قضى عليه ولا يشترط حضور المولى ولو قامت البينة على اقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه وان كان المولى حاضرا لان المحجور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال كذا اذا قامت البينة على اقراره بخلاف المأذون ولو قامت البينة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حد من القتل والقذف والزنا والشرب لم يقض بها حتى يحضر المولى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يقضى بها وان كان غائبا واجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فانها تقام من غير حضرة المولى (وجه) قول أبى يوسف ان العبد أجنبى عن المولى فيما يرجع الى الحدود والقصاص ألا ترى انه يصح اقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح اقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط حضرة المولى فى الاقرار (وجه) قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى واقامة الحدود والقصاص اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما أمكن وفى شرط الحضور صيانة حقه عن الاتلاف بقدر الامكان لانه لو كان حاضرا عسى يدعى شبهة مانعة من الاقامة وحق المسلم تجب صيانته عن البطلان ما أمكن ومثل هذه الشبهة مما لا ينعدم فى الاقرار بعد صحته لذلك افترقا وكذلك اذا قامت البينة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك انه لو كان المولى حاضرا قطع ولا يضمن السرقة مأذونا كان أو محجورا بلا خلاف لان القطع مع الضمان لا يجتمعان وان كان غائبا فاذا كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع لان غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان فى حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لانهما لا يجتمعان وعلى قياس أبى يوسف هذا والفصل الاول سواء يقطع ولا يضمن السرقة ولان حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان وان كان محجورا لا تسمع البينة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما (أما) القطع فلان حضرة المولى شرط ولم يوجد (وأما) الضمان فلان غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان فى حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت البينة على سرقة ما دون النصاب فان كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب لان سرقة ما دون النصاب لا توجب القطع فبقى دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون وان كان محجورا لا تسمع بينته أصلا (أما) على القطع فظاهر وأما على المال فلان حضور المولى شرط القضاء على

المحجور بالمال ولو قامت البينة على اقرار المأذون أو المحجور بسبب القصاص أو الحد لزمه القود وحد حد القذف حضر المولى أو غاب ولا يلزمه ما سواهما من الحدود وان كان المولى حاضراً لان القصاص حق العبد وكذا حد القذف فيه حق العبد وسائر الحدود حقوق الله سبحانه وتعالى خالصا فالبينة وان أظهرت الاقرار فالانكار منه رجوع عن الاقرار والرجوع عن الاقرار يصح فى حقوق الله تبارك وتعالى لا فى حقوق العباد فيجب القصاص وحد القذف و يسقط ما سواهما غير انه اذا اقامت البينة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان ان كان مأذوناً سواء بلغ نصابا أو لم يبلغ حضر المولى أو غاب لان سقوط القطع للرجوع والرجوع فى حق المال لم يصح فيجب الضمان سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لان القضاء بالمال على المأذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجوراً لا قطع عليه ولا ضمان أما القطع فلمكان الرجوع وأما الضمان فلان اقرار المحجور بالمال غير نافذ فى الحال فلا تصح اقامة البينة عليه ولو قامت البينة على الصبي المأذون أو المعتوه المأذون على قتل أو سبب حد قبلت على القتل وتجب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحد لتصور سبب وجوب الدية منه وهو القتل الخطأ لان عمد الصبي خطأ وانعدام تصور سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير انه اذا اقامت البينة عليه على السرقة قبلت على المال وضمنه القاضى لان الصبي المأذون من أهل القضاء عليه بالمال ولو قامت البينة على اقراره بالقتل لم تقبل لان اقرار الصبي غير صحيح فلا تقبل البينة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان محل التعلق فنقول و بالله التوفيق لا خلاف فى ان الدين يتعلق بكسب العبد لان المولى بالاذن بالتجارة عينه للاستيفاء أو تعين شرعا نظراً للغرماء سواء كان كسب التجارة أو غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علمائنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله لا يتعلق الا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى (وجه) قول زفر ان التعلق حكم الاذن والاذن بالتجارة لا لغيرها وهذه ليست من كسب التجارة فلا يتعلق بها الدين (ولنا) ان شرط ثبوت الملك للمولى فى كسب العبد أى كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقه الذى ذكرنا من قبل ولم يوجد الفراغ فلا يثبت الملك له وسواء حصل الكسب بعد لحوق الدين أو كان حاصلا قبله الا الولد والارش فان ماولدت المأذونة من غير مولاها بعد لحوق الدين يتعلق به وما ولدته قبل ذلك لا يتعلق الدين به و يكون للمولى وكذلك الارش بان فقئت عينها فوجب الارش على الفاقئ (ووجه) الفرق ان التعلق بالولد بحكم السراية من الام اليه لان الولد يحدث على وصف الام ومعنى السراية انما يتحقق فى الحادث بعد لحوق الدين لا قبله لانه كان ولا دين على الام فلما حدث حدث على ملك المولى وكذلك الارش فى حكم الولد لان الولد جزء منفصل من الاصل والارش بدل جزء منفصل من الاصل وحكم البدل حكم الاصل وأما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السراية بل الشغل بحاجة العبد فاذا لم ينزعه المولى من يده حتى لحقه دين محيط فقد صار مشغولا بحاجته فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وههنا فرق آخر وهو ان الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل فى الدين وولد الجناية لا يدخل فى الجناية لان دخوله فى الدين بحكم السراية لان الدين يتعلق برقبة الام فسرى ذلك الى الولد فحدث على وصف الام والجناية لا تحتمل التعلق بالرقبة فلا تحتمل السراية فهو الفرق ولو أذن له المولى دفع اليه مالا ليعمل به فباع واشترى ولحقه دين لا يتعلق الدين بالمال المدفوع اليه لان الدين يتعلق بكسب العبد وذا ليس كسبه أصلا فلا يتعلق به وأما رقبة العبد فهل يتعلق الدين بها اختلف فيه قال علماؤنا الثلاثة رضى الله تعالى عنهم يتعلق وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لا يتعلق (وجه) قولهما ان هذا ان كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الانسان لا يقضى من مال مملوك لغيره الا باذنه ولم يوجد وان كان دين المولى فلا يتعين له مال دون مال كسائر ديون المولى وانما يقضى من الكسب لوجود التعيين فالاذن من المولى دلالة الاذن بالتجارة لانه قضاء دين التجارة من كسب التجارة فكان مأذونا فيه دلالة ومثل هذه الدلالة لم يوجد فى الرقبة لان رقبة العبد ليست من كسب التجارة (ولنا) ان نقول هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند

المولى ودين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى يقضى من رقبته التى هى مال المولى كدين الاستهلاك أو نقول هذا دين المولى فيقضى من المال الذى عينه المولى للقضاء منه كالرهن والمولى بالاذن عين الرقبة لقضاء الدين منها فيتعين بتعيين المولى والله سبحانه وتعالى أعلم واذا كان الرقبة والكسب كل واحد منهما محلا لتعلق الدين به فاذا اجتمع الكسب والرقبة يبدأ بالاستيفاء من الكسب لان الكسب محل للتعلق قطعاً ومحلية الرقبة لتعلق محل الاجتهاد فكانت البدلية بالكسب أولى فاذا قضى الدين منه فان فضل من الكسب شئ فهو للمولى لانه كسب فارغ عن حاجة العبد وان فضل الدين يستوفى من الرقبة عندنا فان فضل على الثمن يتبع العبد به بعد العتاق على ما نذكره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التعلق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان لتعلق الدين أحكاما منها ولاية طلب البيع للغرماء من القاضى لان معنى تعلق الدين منه ليس الا تعينه لاستيفاء الدين منه وهو فى الحقيقة تعين ماليته للاستيفاء لان استيفاء الدين من جنسه يكون وذلك ماليته لا عينه وذلك بيعه وأخذ ثمنه الا ان يقضى المولى ديونهم فتخلص له الرقبة لان حقهم فى المالية دون العين وقد قضى حقهم فبطل التعلق ومنها انه اذا بيع العبد كان ثمنه بين الغرماء بالحصص لان الثمن بدل الرقبة فيكون لهم على قدر تعلق حقهم بالمبدل وهو الرقبة وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن كثمن التركة اذا بيعت ثم اذا بيع العبد فان فضل شئ من ثمنه فهو للمولى وان فضل الدين لا يطالب المولى به لانه لا دين على المولى ويتبع العبد به بعد العتاق لان الدين كان عليه الا أن القدر الذى تعلق برقبته صار مقضياً فبقى الفاضل عليه وانما يباع العبد فى الدين اذا كان حالا فان كان مؤجلا لا يباع الى حل الاجل لان البيع يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت الا بعد حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فطلب أصحاب الحال البيع باعه القاضى وأعطى أصحاب الحال قدر حصتهم وأمسك حصة أصحاب الاجل لان التعليق على التضييق ثبت فى حق أصحاب الحال لا فى حق أصحاب الاجل وكذلك لو كان الغرماء بعضهم حضورا وبعضهم غيبا فطلب الحضور البيع من القاضى باعه القاضى وأعطى الحضور حصتهم ووقف حصة الغيب لان لكل واحد منهم على الانفراد دينا متعلقا بالرقبة وذا يوجب التحريج الى البيع فغيبة البعض لا تكون مانعة وكذلك اذا كان بعض الديون ظاهرا والبعض لا يظهر لكن ظهر سبب وجوبه بان كان عليه دين فحفر بئرا على طريق المسلمين فطلب الغريم البيع باعه القاضى فى دينه وأعطاه دينه وان كان لا يفضل الثمن عن دينه شيئا لان ظهور دينه أوجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك العمل بالظاهر بما لم يظهر ثم اذا وقعت فيها بهيمة فعطبت رجع صاحب البهيمة على الغريم فيتضاربان فيضرب صاحب البهيمة بقيمتها ويضرب الغريم بدينه فيكون الثمن بينهما بالحصص لان الحكم مستند الى وقت وجود سببه فيتبين انه كان شريكه فى الرقبة فى تعلق الدين فيتشاركان فى بدلها بالحصص ولو كان عليه دين فاقر قبل ان يباع لغائب يصدق فى ذلك صدقه المولى والغرماء أو كذبوه لان اقرار المأذون بالدين صحيح من غير تصديق المولى لما بينا واذا بيع وقف القاضى من ثمنه حصة الغائب ولو أقر بدين لغائب بعدما بيع فى الدين لم يجز اقراره وان صدقه المولى لانه اذا بيع فقد صار محجورا عليه واقرار المحجور بالدين لا يصح وان صدقه المولى فان قدم الغائب وأقام بينة على الدين اتبع الغرماء بحصته من الثمن لانه باقامة البينة ظهر ان كان شريكهم فى الرقبة فى تعلق الدين فشاركهم فى بدلها ولا سبيل له على العبد ولا على المشترى لان حقه فى الدين ومحل تعلقه الرقبة لا غير فلا سبيل له على غيرها والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها انه لا يجوز للمولى بيع العبد الذى عليه دين الا باذن الغرماء أو بقضاء الدين أو باذن القاضى بالبيع للغرماء ولو باع لا ينفذ الا اذا وصل اليهم الثمن وفيه وفاء بديونهم لان حق الغرماء متعلق برقبته وفى البيع ابطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاهم كبيع المرهون الا ان يصل ثمنه اليهم وفيه وفاء بديونهم فينفذ لما بينا ان حقهم فى معنى الرقبة لا فى صورتها فصار كما لو قضى المولى الدين من خالص ماله ودل اطلاق هذه الرواية على ان الدين حال قيام الكسب يتعلق بالكسب والرقبة جميعا لانه نفى جواز بيع المولى مطلقاً عن شرط عدم الكسب ولو كان قيام الكسب مانعا من التعلق بالرقبة

لجاز لان الرقبة اذ ذاك تكون خالص ملك المولى وتصرف الانسان في خالص ملكه نافذا لا ان يحمل على حال عدم الكسب حملا للمطلق على المقيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لم يجز الا ان يجيزه الباقون لتعلق حق كل واحد بالرقبة فكان البيع تصرفا في حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى و بين بيع الوصي التركة في الدين من غير اذن الغرماء انه ينفذ هناك وهنا لا ينفذ (ووجه) الفرق ان للغرماء حق استسعاء المأذون وهذا الحق يبطل بالبيع فكان امتناع النفاذ مفيدا وليس للغرماء ولاية استسعاء التركة لما فيه من تأخير قضاء دين الميت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصي فلم يكن التوقف مفيدا فلا يتوقف هذا اذا كان الدين حالا فان كان مؤجلا نفذ البيع في ظاهر الرواية لان المانع من النفاذ هو التعلق عن التضييق ولم يوجد ثم اذا حل الاجل فان كانت ديونهم مثل الثمن أو أقل أخذوا منه وان كانت ديونهم أكثر من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد و روى عن محمد رحمه الله في النوادر انه لا ينفذ بيع المولى لوجود أصل التعليق هذا اذا كان العبد قائماً في يد المشتري فان كان هالكا فالغرماء بالخيار ان شاؤا ضمنوا المولى وان شاؤا ضمنوا المشتري قيمة العبد لان كل واحد منهما غاصب لحقهم فكان لهم تضمين أيهما شاؤا فان اختار وا تضمين المولى نفذ بيعه لانه خلص ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكأنهم باعوه منه بثمن هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشتري به عيباً بعد هلاكه له ان يرجع بالنقصان على المولى وللمولى ان يرجع به على الغرماء وان اختار وا تضمين المشتري بطل البيع لانه يمكن تمليكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن ولو لم يهلك العبد في يد المشتري ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم و بين المشتري عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله هذا وما اذا كان المولى حاضراً سواء والله أعلم بالصواب هذا الذي ذكرنا حكم تعلق الدين بالرقبة عند الانفراد فاما حكم تعلقه عند الاجتماع بان اجتمع الدين والجناية فنقول و بالله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد المأذون رجلا خطأ وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية في الاصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج عنه بالفداء أو التخيير بين الدفع والفداء وهذا لا ينافي الدين لانه يمكنه دفعه متعلقاً رقبته بالدين وكذا لا ينافيه الفداء لا شك فيه فان اختار الدفع فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان حضر أصحاب الدين والجناية معاً واما ان حضر أصحاب الجناية واما ان حضر أصحاب الدين فان حضر أصحاب الدين والجناية جميعاً يدفع العبد الى أولياء الجناية ثم يبيعه القاضي للغرماء في دينهم فانا اذا دفعناه بالجناية فقد راعينا حق أصحاب الجناية بالدفع اليهم و راعينا حق الغرماء بالبيع بدينهم واذا دفعناه الى أصحاب الدين أبطلنا حق أصحاب الجناية لتعذر الدفع بعد البيع اذ الثابت للمشتري ملك جديد خال عن الجناية فكانت البداية بالجناية مراعاة الحقين من الجانبين فكان أولى ثم في الدفع الى أصحاب الجناية ثم البيع بالدين فائدة وهي الاستخلاص بالفداء لان للناس في أعيان الاشياء رغائب ماليس في ابدالها واذا دفعه المولى الى أصحاب الجناية فالقياس ان يضمن قيمته للغرماء لانه يصير ملكا لهم بالدفع فكان الدفع منه تمليكا منهم بمنزلة البيع وفي الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن أتى بفعل واجب عليه لا يضمن لان الضمان نعه عن اقامة الواجب فيتناقض ثم اذا دفعه اليهم فيبيع للغرماء فان فضل عن دينهم شيء من الثمن صرف الى أصحاب الجناية لان العبد صار ملكا لهم بالدفع اليهم وانما بيع على ملكهم الا ان أصحاب الدين أولى بثمنه بقدر دينهم فبقي الفاضل من دينهم على ملك أصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضي للغرماء وفضل من ثمنه شيء ان الفاضل يكون للمولى كذا هذا ولو دفعه المولى الى أصحاب الدين بدينهم ان كان عالماً بالجناية لزمه الارش لانه صار مختاراً للفداء وان لم يكن عالما بها يلزمه قيمة العبد لان الواجب الاصلي دفع عين العبد وانما الفداء للخروج عنه بطريق الرخصة على ما بينا والدفع من غير علم لا يصلح دليل اختيار الفداء فبقي دفع العين واجبا وقد تعذر دفع عينه بالدفع الى أصحاب الدين فيجب دفع قيمته اذ هو دفع العين معنى وان حضر أصحاب الجناية أولا فكذلك يدفع العبد اليهم ولا

ينتظر حضور الغرماء لانهم لو كانوا حضورا لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان حضر أصحاب الدين أولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في البيع ابطال حق أصحاب الجناية وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق أصحاب الجناية حتى لو حضروا بعد ذلك لا ضمان على القاضي ولا على المولى اما القاضي فلانه لا عهدة تلزم القاضي فيما يفعله لكونه أمينا واما المولى فلانه باعه بامر القاضي فكان مضافا الى القاضي ولو كان باعه بغير اذن القاضي فان باعه مع علمه بالجناية يلزمه الارش لانه صار مختارا للفداء وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمة العبد ومن الارش لما بينا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده فنقول ان الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير العبد به محجورا وذلك أنواع بعضها يرجع الى المولى و بعضها الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة أنواع صريح ودلالة وضرورة والصريح نوعان خاص وعام أما العام فهو الحجر باللسان على سبيل الاشهار والاشاعة بان يحجره في أهل سوقه بالنداء بالحجر وهذا النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان محتملا للبطلان والشئ يبطل بمثله و بما هو فوقه وأما الخاص فهو ان يكون بين العبد و بين المولى ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار وهذا النوع لا يبطل به الاذن العام لان الشئ لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه بناء على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو اتلاف ديونهم في ذمة المفلس ومعنى التعزير لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يمتنعون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور و يبطل به الاذن الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشئ يحتمل البطلان بمثله ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرائع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كما في سائر الاحكام الشرعية ولو أخبره بالحجر رجلان أو رجل وامرأتان عدلا كان أو غير عدل صار محجورا بالاجماع وكذلك اذا أخبره واحد عدل رجلا كان أو امرأة حرا كان أو عبدا أو أخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدقه فيه وأما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند أبي حنيفة رحمه الله وان ظهر صدق المخبر وعندهما يصير محجورا صدقه أو كذبه اذا ظهر صدق المخبر ولو كان المخبر رسولا يصير محجورا بالاجماع صدقه أو كذبه ولو اشترى المأذون عبدا فأذن له بالتجارة فحجر المولى على أحدهما فان حجر على الاسفل لم يصح سواء كان على الاعلى دين أو لم يكن لانه مأذون من جهة الاعلى لا من جهة المولى وان حجر على الاعلى ينظر ان لم يكن عليه دين لا يصير الاسفل محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كانه أذن لهما ثم حجر على أحدهما ولو كان كذلك لا ينحجر أحدهما بحجر الآخر كذا هذا وان كان على الاعلى دين يصير محجورا عند أبي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك (ووجه) البناء انه لما لم يملك عبده وقد استفاد الاذن من جهة الاعلى لا من جهة المولى صار حجر الاعلى كموته ولو مات لصار الثاني محجورا كذا هذا ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الاول سواء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وأما الدلالة فأنواع منها البيع وهو ان يبيعه المولى ولا دين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول اذن البائع لزوال ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاد بان كان المأذون جارية فاستولدها المولى استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على التصرف بعد الاستيلاد (وجه) الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق وأمهات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاد حجرا دلالة وأما التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينفي الاذن اذ الاذن اطلاق والتدبير لا ينافيه ومنها اللحوق بدار الحرب مرتدا لان الردة مع اللحوق توجب زوال الملك وذا يمنع بقاء الاذن فكان حجرا دلالة فان لم يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول أبي

حنيفة

حنيفة رضى الله عنه ينبغى ان يقف تصرف المأذون بعد الردة وعلى قياس قولهما ينفذ والله تعالى أعلم بالصواب وأما الضرورة فأنواع أيضا منها موته لان الموت مبطل للملك وبطلان الملك يوجب بطلان الاذن على ما بينا ومنها جنونه جنونا مطبقا لان أهلية الاذن شرط بقاء الاذن لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء ثم ابتداء الاذن لا يصح من غير الاهل فلا يبقى أيضا والجنون المطبق مبطل للاهلية فصار حجورا فان أفاق يعود مأذونا لان بطلان الاذن لبطلان الاهلية مع احتمال العود فاذا أفاق عادت الاهلية فعاد مأذونا وصار كالموكل اذا أفاق بعد جنونه انه تعود الوكالة كذا هذا وأما الاغماء فلا يوجب الحجر لانه لا يبطل الاهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة ولهذا لا يمنع وجوب سائر العبادات وأما الذى يرجع الى العبد فانواع أيضا منها اباقه لانه بالاباق تنقطع منافع تصرفه عن المولى فلا يرضى به المولى وهذا ينافى الاذن لان تصرف المأذون برضا المولى ومنها جنونه جنونا مطبقا لانه مبطل أهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود الا على سبيل الندرة لزوال ما هو مبنى عليه وهو العقل فلم يكن فى بقاء الاذن فائدة فيبطل ولو أفاق بعد ذلك لا يعود مأذونا بخلاف الموكل والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الجنون الذى هو غير مطبق فلا يوجب الحجر لان غير المطبق منه ليس بمبطل للاهلية لكونه على شرف الزوال فكان فى حكم الاغماء ومنها ردته عند أبى حنيفة وعندهما لا توجب الحجر بناء على وقوف تصرفاته عنده ونفوذها عندهما ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بدار الحرب مرتدا بمنزلة الموت فكان مبطلا للاهلية فيصير محجورا لكن عند أبى حنيفة رحمه الله من وقت الردة وعندهما من وقت اللحوق والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحجر فهو انحجار العبد فى حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الاذن فلا يملك الاقرار بالدين اذا لم يكن فى يده مال لان صحة اقرار المأذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الاقرار بما هو من ضروراتها فى حق المولى لكن يتبع به بعد العتاق لان اقراره صحيح فى نفسه لصدوره من الاهل لكن لم يظهر للحال لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فيظهر وان كان فى يده مال ينفذ اقراره فيما فى يده عند أبى حنيفة وعندهما لا ينفذ لانه اقرار المحجور فكيف ينفذ ولابى حنيفة رضى الله عنه انه غير محجور فيما فى يده ولم يصح الحجر فى حق ما فى يده لانه لو صح لتبادر الموالى الى حجر عبيدهم المأذونين فى التجارة اذا علموا ان عليهم دينا لتسلم لهم اكسابهم التى فى أيديهم وقد لا يكون للغرماء بينة على ذلك فيتضرر به الغرماء لتعلق ديونهم بذمة العبد المفلس فكان اقراره فيما فى يده من المال من ضرورات التجارة فاشبه اقرار المأذون بخلاف ما اذا لم يكن فى يده مال لان الحجر من المولى للوصول الى الكسب فاذا لم يكن فى يده كسب فلا يحجر فهو الفرق بين الفصلين ولو ظهر عليه الدين بالبينة أو المعاينة وفى يده كسب فحجره المولى لا سبيل للمولى على الكسب لان حق الغرماء متعلق به ويملك الاقرار على نفسه بالحدود والقصاص صدقه المولى أو كذبه لانه لا ملك للمولى فى نفسه فى حق الحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه ولا يحتاج فى اقامتها الى حضور المولى بالاجماع وفيما اذا ثبت ذلك ببينة قامت عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور فى الجناية عمدا أو خطأ والمأذون سواء وموضع معرفة حكم جنايتهما كتاب الديات وسنذكره فيه ان شاء الله تعالى

﴿كتاب الاقرار﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الاقرار وفى بيان الشرائط التى يصير الركن بها اقرارا شرعا وفى بيان ما يصدق المقر فيما ألحق باقراره من القرائن مالا يكون رجوعا حقيقة وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه وفى بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده أما ركن الاقرار فنوعان صريح ودلالة فالصريح نحو أن يقول لفلان على ألف درهم لان كلمة على كلمة ايجاب لغة وشرعا قال الله تبارك وتعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وكذا اذا قال

لرجل لي عليك الف درهم فقال الرجل نعم لان كلمة نعم خرجت جوابا لكلامه وجواب الكلام اعادة له لغة كانه قال لك على الف درهم وكذلك اذا قال لفلان في ذمتي الف درهم لان ما في الذمة هو الدين فيكون اقراراً بالدين ولو قال لفلان قبلي الف درهم ذكر القدوري رحمه الله أنه اقرار بامانة في يده وذكر الكرخي رحمه الله أنه يكون اقراراً بالدين وجه ماذكره الكرخي أن القبالة هي الكفالة قال الله سبحانه وتعالى عز من قائل والملائكة قبيلا أي كفيلا والكفالة هي الضمان قال الله تبارك وتعالى وكفلها زكريا على قراءة التخفيف أي ضمن القيام بأمرها وجه ماذكره القدوري رحمه الله أن القبالة تستعمل بمعنى الضمان وتستعمل بمعنى الامانة فان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل أن من قال لا حق لي على فلان يبرأ عن الدين ومن قال لا حق لي عند فلان أو معه يبرأ عن الامانة ولو قال لا حق لي قبله يبرأ عن الدين والامانة جميعا فكانت القبالة محتملة للضمان والامانة والضمان لم يعرف وجوبه فلا يجب بالاحتمال ولو قال له في دراهمي هذه الف درهم يكون اقراراً بالشركة ولو قال له في مالي الف درهم ذكر في الاصل أن هذا اقرار له ولم يذكر أنه مضمون أو أمانة واختلف المشايخ فيه قال الجصاص رحمه الله انه يكون اقرارا بالشركة له كما في الفصل الاول لانه جعل ماله ظرفا للمقر به وهو الالف فيقتضي الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم ان كان ماله محصورا يكون اقرارا بالشركة وان لم يكن محصورا يكون إقرارا بالدين فظاهر اطلاق الكتاب يدل على الاقرار بالدين كيف ما كان لان كلمة الظرف في مثل هذا تستعمل في الوجوب قال النبي عليه الصلاة والسلام في الرقة ربع العشر وفي خمس من الابل السائمة شاة وفي الركاز الخمس ولو قال له في مالي ألف درهم لا يكون اقرارا بل يكون هبة لانه ليس فيه ما يدل على الوجوب في الذمة لان اللام المضاف الى أهل الملك للتمليك والتمليك بغير عوض هبة واذا كان هبة فلا يملكها الا بالقبول والتسليم ولو قال له في مالي ألف درهم لا حق له فيها فهو اقرار بالدين لان الالف التي لا حق له فيها لا تكون دينا اذ لو كانت هبة لكان له فيها حق ولو قال له عندي ألف درهم فهو وديعة لان عندي لا تدل على الوجوب في الذمة بل هي كلمة حضرة وقرب ولا اختصاص لهذا المعنى بالوجوب في الذمة فلا يثبت الوجوب الا بدليل زائد وكذلك لو قال لفلان معي أو في منزلي أو في بيتي أو في صندوقي ألف درهم فذلك كله وديعة لان هذه الالفاظ لا تدل الا على قيام اليد على المذكور وذا لا يقتضي الوجوب في الذمة لا محالة فلم يكن اقرارا بالدين فكانت وديعة لانها في متعارف الناس تستعمل في الودائع فعند الاطلاق تصرف اليها ولو قال له عندي ألف درهم عارية فهو قرض لان عندي تستعمل في الامانات وقد فسر بالعارية وعارية الدراهم والدنانير تكون قرضا اذ لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها واعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه يكون قرضا في المتعارف وكذلك هذا في كل ما يكال أو يوزن لتعذر الانتفاع بها بدون الاستهلاك فكان الاقرار باعارتها اقرارا بالقرض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الدلالة فهي أن يقول له رجل لي عليك ألف فيقول قد قضيتها لان القضاء اسم لتسليم مثل الواجب في الذمة فيقتضي سابقية الوجوب فكان الاقرار بالقضاء اقرارا بالوجوب ثم يدعي الخروج عنه بالقضاء فلا يصح الا بالبينة وكذلك اذا قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها لانه أضاف الاتزان الى الالف المدعاة والانسان لا يأمر المدعى باتزان المدعى الا بعد كونه واجبا عليه فكان الامر بالاتزان اقرارا بالدين دلالة وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال أتزن أو أتنقد لم يكن اقرارا لانه لم توجد الاضافة الى المدعى فيحتمل الامر باتزان شئ آخر فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذا اذا قال أجلني بها لان التأجيل تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين في الذمة كالدين المؤجل والله تعالى أعلم ولو قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال حقا يكون اقرارا لان معناه حققت فيما قلت لان انتصاب المصدر لا بد له من اظهار صدره وهو الفعل ويحتمل أن يكون معناه قل حقاً أو الزم حقاً ولكن الاول أظهر وكذلك اذا قال الحق لانه تعريف المصدر وهو قوله حقا وكذلك لو قال صدقاً والصدق أو يقينا أو اليقين لما قلنا ولو قال برا أو البر لا يكون اقرارا لان لفظة البر مشترك تذكر على ارادة الصدق وتذكر على ارادة التقوى وتذكر على ارادة الخير فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذلك لو قال صلاحا أو

الصلاح لا يكون اقرارا الا ان لفظة الصلاح لا تكون بمعنى التصديق والاقرار فإنه لو صرح وقال له صلحت لا يكون تصديقا فيحمل على الامر بالصلاح والاجتناب عن الكذب هذا اذا ذكر لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسة فان جمع بين لفظتين متجانستين أو مختلفتين فحكمه يعرف في اقرار الجامع ان شاء الله تعالى ثم ركن الاقرار لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون ملحقا بقرينة فالمطلق هو قوله لفلان على كذا وما يجرى مجراه خاليا عن القرائن (وأما) الملحق بالقرينة فبيانه يشتمل على فصل بيان ما يصدق للمقر فيما ألحق باقراره من القرائن مالا يكون رجوعا وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا فنقول القرينة في الاصل نوعان قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية على الحقيقة وقرينة مبنية على الاطلاق أما القرينة المغيرة من حيث الظاهر والمبنية على الحقيقة فهي المسقطة لاسم الجملة فيعتبر بها الاسم لكن يتبين بها المراد فكان تغييرا صورة تبيينا معنى (وأما) القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل في أصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدره وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا أما الذى يدخل على أصل الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالى متصلا باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم ان شاء الله تعالى وهذا يمنع صحة الاقرار أصلا لان تعليق مشيئة الله تبارك وتعالى بكون الالف في الذمة أمر لا يعرف فان شاء كان وان لم يشأ لم يكن فلا يصح الاقرار مع الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كائن والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فان الفاعل اذا قال أنا فاعل ان شاء الله تعالى يستحق ولهذا أبطلنا القول بالاستثناء في الايمان والله تعالى أعلم بالصواب وكذا اذا علقه بمشيئة فلان لا يصح الاقرار لما قلنا ولو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لما ذكرنا أن الاقرار اخبار عن ثابت في الذمة وشرط الخيار في معنى الرجوع والاقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع (وأما) الذى يدخل على وصف المقر به فان كان متصلا باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم وديعة يصح ويكون اقرارا بالوديعة وان كان منفصلا عنه بان سكت ثم قال عنيت به الوديعة لا يصح ويكون اقرارا بالدين لان بيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء وهذا لان قوله لفلان على ألف درهم اخبار عن وجوب الالف عليه من حيث الظاهر ألا ترى أنه لو سكت عليه لكان كذلك فان قرن به قوله وديعة وحكمها وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الى وجوب الحفظ فكان بيان تغيير من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولا كالاستثناء وانما يصح موصولا لان قوله على ألف درهم يحتمل وجوب الحفظ أى على حفظ ألف درهم وان كان خلاف الظاهر فيصح بشرط الوصل ولو قال على ألف درهم وديعة قرضا أو مضاربة قرضا أو بضاعة قرضا أو قال دينا مكان قوله قرضا فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين في معناهما ممكن لجواز أن يكون أمانة في الابتداء ثم يصير مضمونا في الانتهاء اذ الضمان قد يطرأ على الامانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سواء وصل أو فصل لان الانسان في الاقرار بالضمان على نفسه غير متهم (وأما) الذى يدخل على قدر المقر به فنوعان أحدهما الاستثناء والثانى الاستدراك أما الاستثناء في الاصل فنوعان أحدهما أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والثانى أن يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما نوعان متصل ومنفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والاستثناء متصل فهو على ثلاثة أوجه استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل واستثناء الكل من الكل اما استثناء القليل من الكثير فنحو أن يقول على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم ولا خلاف في جوازه ويلزمه سبعة دراهم لان الاستثناء في الحقيقة تكلم بالباقى بعد الثنيا كانه قال لفلان على سبعة دراهم الا أن للسبعة اسمان أحدهما سبعة والآخر عشرة الا ثلاثة قال الله تبارك وتعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه أنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما وكذلك اذا قال لفلان على ألف درهم سوى ثلاثة دراهم لان سوى من ألفاظ الاستثناء وكذا اذا قال غير ثلاثة لان غير بالنصب للاستثناء فان قال لفلان على درهم غير دانق يلزمه خمسة دوانق ولو قال غير دانق بالرفع يلزمه درهم تام (وأما) استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على تسعة دراهم الا عشرة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم

الا ماروى عن أبي يوسف رحمه الله لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة رحمهم الله ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكن يحتمل الوقوع في الجملة فيصح (وأما) استثناء الكل من الكل بان يقول لفلان على عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة كاملة لان هذا ليس باستثناء اذ هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل ههنا بعد الثنيا فلا يكون استثناء بل يكون ابطالا للكلام ورجوعا عما تكلم به والرجوع عن الاقرار في حق العباد لا يصح فبطل الرجوع وبقي الاقرار ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا درهما زائفا لا يصح الاستثناء عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه عشرة جياد وقال أبو يوسف يصح وعليه عشرة جياد للمقر له وعلى المقر له درهم زائف للمقر بناء على أن الاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المقاصة لا تقف على صفة الجودة بل تقف على الوزن وعند أبي يوسف لا تتحقق المقاصة الا بهما جميعا ووجه البناء على هذا الاصل أنه لو صح الاستثناء لوجب على المقر له درهم زائف وحينئذ تقع المقاصة لان اختلاف صفة الجودة لا تمنع المقاصة عنده واذا وقعت المقاصة يصير المستثنى درهما جيدا لا زائفا وهذا خلاف موجب تصرفه فلم يصح الاستثناء وعند أبي يوسف رحمه الله لما كان اتحادهما في صفة الجودة شرطا لتحقق المقاصة ولم يوجد ههنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع كان الواجب على كل واحد منهما اداء ما عليه فلا يؤدى الى تغيير موجب الاستثناء فيصح الاستثناء والصحيح أصل أبي حنيفة رضي الله عنه لان الجودة في الاموال الربوية ساقطة الاعتبار شرعا لقول النبي عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء ولو انعدمت حقيقة لوقعت المقاصة كذا اذا انعدمت شرعا ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا درهم ستوق فقياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انه يصح الاستثناء وعليه عشرة دراهم الا قيمة درهم ستوق وقياس قول محمد وزفر رحمهما الله انه لا يصح الاستثناء أصلا وعليه عشرة كاملة بناء على أن المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما الرحمة وعند محمد وزفر شرط على ما سنذكره ان شاء الله تعالى ولو قال لفلان على ألف الا قليلا فعليه أكثر من نصف الالف والقول في الزيادة على الخمسمائة قوله لان القليل من أسماء الاضافة فيقتضي أن يكون ما يقابله أكثر منه ليكون هو بالاضافة اليه قليلا فاذا استثنى القليل من الالف فلا بد وأن يكون المستثنى منه أكثر من المستثنى وهو الاكثر من نصف الالف ولهذا قال بعض أهل التأويل في قوله تبارك وتعالى يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا ان استثناء القليل من الامر بقيام الليل يقتضي الامر بقيام أكثر الليل والقول في مقدار الزيادة على نصف الالف قوله لانه المجمل في قدر الزيادة فكان البيان اليه وكذلك اذا قال الا شيأ لان الاستثناء بلفظة شيء لا يستعمل الا في القليل هذا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنى مما لا يثبت دينا في الذمة مطلقا كالثوب لا يصح الاستثناء وعليه جميع ما أقر به عندنا بأن قال له على عشرة دراهم الا ثوبا وعند الشافعي رحمه الله يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب وان كان المستثنى مما يثبت دينا في الذمة مطلقا من المكيل والموزون والعددي المتقارب بان قال لفلان على عشرة الا درهم أو الا قفيز حنطة أو مائة دينار الا عشرة دراهم أو دينار الا مائة جوزة يصح الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما ويطرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح الاستثناء أصلا (اما) الكلام مع الشافعي رحمه الله في المسألة الاولى فوجه قول الشافعي رحمه الله أن لنص الاستثناء حكما على حدة كما لنص المستثنى منه من النفي والاثبات لان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي لغة فقوله لفلان على عشرة دراهم الا درهما معناه الا درهما فانه ليس على فيصير دليل النفي معارضا لدليل الاثبات في قدر المستثنى ولهذا قال ان الاستثناء يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لفلان على الف درهم الا ثوبا أي الا ثوبا فانه ليس على من الالف ومعلوم ان عين

الثوب

الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته أى مقدار قيمة الثوب ليس على من الالف وجه قول أصحابنا رضى الله عنهم أنه لا حكم لنص الاستثناء الا بيان أن القدر المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه أصلا لان أهل اللغة قالوا ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وانما يكون تكلما بالباقى اذا كان ثابتا فكان انعدام حكم نص المستثنى منه فى المستثنى لانعدام تناول اللفظ اياه لا للمعارضة مع ما أن القول بالمعارضة فاسد لوجوه احدها ان الاستثناء مقارن للمستثنى منه فكانت المعارضة مناقضة والثانى أن المعارضة انما تكون بدليل قائم بنفسه ونص الاستثناء ليس بنص قائم بنفسه فلا يصلح معارضا الا أن يزاد عليه قوله الا كذا فانه كذا وهذا تغيير ومهما امكن العمل بظاهر اللفظ من غير تغيير كان أولى والثالث أن القول بالمعارضة يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد لا يصح كما اذا قال له على عشرة دراهم وليس له على عشرة دراهم واذا كان بيانا فمعنى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه امافى الاسم أوفى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق ولم يوجد ههنا على ماذكره ان شاء الله تعالى وقولهم الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات محمول على الظاهر اذ هو فى الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه تحقق معنى المعارضة وهى محال على ماذكرنا وجه احالته فيكون بيانا حقيقة نفيا أو اثباتا جمعا بين النقلين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الكلام فى المسألة الثانية فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن الاستثناء استخراج بعض مالولاه لدخل تحت نص المستثنى منه وذا لا يتحقق الا فى الجنس ولهذا لو كان المستثنى ثوبا لم يصح الاستثناء وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الداخل تحت قوله لفلان على عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة مطلقا مسماة بالدراهم فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة فى اسم الدراهم أمكن تحقيقها فى الوجوب فى الذمة على الاطلاق لان الحنطة فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق من جنس الدراهم ألا ترى أنها تجب دينا موصوفا فى الذمة حالا بالاستقراض والاستهلاك كما تجب سلما وثمنا حالا كالدراهم (فاما) الثوب فلا يحتمل الوجوب فى الذمة على الاطلاق بل سلما أو ثمنا مؤجلا (فاما) مالا يحتمله استقراضا واستهلاكا وثمنا حالا غير مؤجل فامكن تحقيق معنى المجانسة بينهما فى وصف الوجوب فى الذمة على الاطلاق ان لم يكن فى اسم الدراهم فامكن العمل بالاستثناء فى تحقق معناه وهو البيان من وجه ولا مجانسة بين الثياب والدراهم لا فى الاسم ولا فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق فانعدم معنى الاستثناء أصلا فهو الفرق والله تعالى أعلم ولو أقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء وتكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن وكذا من أقر بسيف لغيره كان له النصل والجفن والحمائل لما قلنا وكذا من أقر بحجلة كان له العيدان والكسوة بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو شيأ منها انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان صح لان اسم البناء لا يتناول العرصة اذ هى اسم للبقعة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرنا حكم الاستثناء اذا ورد على الجملة الملفوظة فاما اذا ورد الاستثناء على الاستثناء فالاصل فيه ان الاستثناء الداخل على الاستثناء يكون استثناء من المستثنى منه لان المستثنى منه أقرب المذكور اليه فيصرف الاستثناء الثانى اليه ويجعل الباقى منه مستثنى من الجملة الملفوظة وعلى هذا اذا ورد الاستثناء على الاستثناء مرة بعد أخرى وان كثر فالاصل فيه أن يصرف كل استثناء الى ما يليه لكونه أقرب المذكور اليه فيبدأ من الاستثناء الاخير فيستثنى الباقى مما يليه ثم ينظر الى الباقى مما يليه ثم ينظر الى الباقى هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقى منه فيستثنى ذلك من الجملة الملفوظة فما بقى منها فهو القدر المقربه بيان هذه الجملة اذا قال لفلان على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بثمانية دراهم لانا صرفنا

الاستثناء الاخير الى مايليه فبقي درهمان يستثنيهما من العشرة فيبقى ثمانية والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى خبراً عن الملائكة قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الاآل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين استثنى الله تبارك وتعالى آل لوط من أهل القرية لا من المجرمين لان حقيقة الاستثناء من الجنس وآل لوط لم يكونوا مجرمين ثم استثنى امرأته من آله فبقيت في الغابرين ولو قال لفلان على عشرة دراهم الاخمسة دراهم الاثلاثة دراهم الادرهما يكون اقرارا بسبعة لا نا جعلنا الدرهم مستثنى مما يليه وهي ثلاثة فبقي درهمان استثناهما من خمسة فبقي ثلاثة استثناها من الجملة الملفوظة فبقي سبعة وكذلك لو قال لفلان على عشرة دراهم الاسبعة دراهم الاخمسة دراهم الاثلاثة دراهم الادرهما يكون اقرارا بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا الاصل لا يخطئ في ايراد الاستثناء على الاستثناء وان كثر هذا اذا كان الاصل متصلا بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلا عنها بان قال لفلان على عشرة دراهم وسكت ثم قال الادرهما لا يصح الاستثناء عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا مار وى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه يصح وبه أخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثناء بيان لما ذكرنا فيصح متصلا ومنفصلا كبيان المجمل والتخصيص للعام عندنا وجه قول العامة ان صيغة الاستثناء اذا انفصلت عن الجملة الملفوظة لا تكون كلام استثناء لغة لان العرب ما تكلمت به أصلا ولو اشتغل به أحد يضحك عليه كمن قال لفلان على كذا ثم قال بعد شهر ان شاء الله تعالى لا يعد ذلك تعليقا بالمشيئة حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس لا تكاد تصح بخلاف بيان المجمل والعام لانهم يتكلمون بذلك مستعمل عندهم متصلا ومنفصلا على ما عرف في أصول الفقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا قال أبو حنيفة فيمن قال أنت حر وحر ان شاء الله تعالى انه لا يصح الاستثناء لان تكرير صيغة التحرير لغو فكان في معنى السكتة ولو قال لفلان على كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير لا يصح استثناء كر الحنطة بالاتفاق لانصراف كر الحنطة الى جنسه فيكون استثناء للكل من الكل فلم يصح وهل يصح استثناء القفيز من الشعير قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح لانه لما لم يصح استثناء كر الحنطة فقد لغا فكأنه سكت ثم استثنى قفيز شعير فلم يصح استثناؤه أصلا والله عز وجل أعلم (وأما) الاستدراك فهو في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون في القدر واما أن يكون في الصفة فان كان في القدر فهو على ضربين اما أن يكون في الجنس واما أن يكون في خلاف الجنس فنحو أن يقول لفلان على ألف درهم لا بل ألفان فعليه ألفان استحسانا والقياس أن يكون عليه ثلاثة آلاف (وجه) القياس ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بالف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح والاستدراك صحيح فاشبه الاستدراك في خلاف الجنس وكما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة لا بل ثنتين أنه يقع ثلاث تطليقات وجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والمخبر عنه مما يجرى الغلط في قدره أو وصفه عادة فتقع الحاجة الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهما فيه وهو غير متهم في الزيادة على المقر به فتقبل منه بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس لان الغلط في خلاف الجنس لا يقع عادة فلا تقع الحاجة الى استدراكه وبخلاف مسئلة الطلاق أن قوله أنت طالق انشاء الطلاق لغة وشرعا والانشاء لا يحتمل الغلط حتى لو كان اخبارا بان قال لها كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين لا يقع عليها الا طلاقان والله تعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على كر حنطة لا بل كران ولو قال لفلان على ألف درهم لا بل الف درهم فعليه الفان لانه متهم في النقصان فلا يصح استدراكه مع ما أن مثل هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه لالتحاقه بالعدم (وأما) في خلاف الجنس كما لو قال لفلان على ألف درهم لا بل مائة دينار أو لفلان على كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكل لما بينا أن مثل هذا الغلط لا يقع الا نادرا والنادر ملحق بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك في قدر المقر به (فاما) اذا وقع في صفة المقر به بان قال لفلان على ألف درهم بيض لا بل سود ينظر فيه الى أرفع الصفتين وعليه ذلك لانه غير متهم في زيادة الصفة متهم في النقصان فكان مستدركا في الاول راجعا في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الالف

والالفين

والا لفين والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا رجع الاستدراك الى المقر به فاما اذا رجع الى المقر له بان قال هذه الالف لفلان لا بل لفلان وادعاها كل واحد منهما يدفع الى المقر له الاول لانه لما أقر بها للاول صح اقراره له فصار واجب الدفع اليه فقوله لا بل لفلان رجوع عن الاقرار الاول فلا يصح رجوعه فى حق الاول ويصح اقراره بها للثانى فى حق الثانى ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضى يضمن للثانى لان اقراره بها للثانى فى حق الثانى صحيح ان لم يصح فى حق الاول واذا صح صار واجب الدفع اليه فاذا دفعها الى الاول فقد أتلفها عليه فيضمن وان دفعها الى الاول بقضاء القاضى لا يضمن لانه لو ضمن لا يخلو اما أن يضمن بالدفع (واما) أن يضمن بالاقرار لا سبيل الى الاول لانه مجبور فى الدفع من جهة القاضى فيكون كالمكره ولا سبيل الى الثانى لان الاقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان يدفع الى الاول ويضمن للثانى سواء دفع الى الاول بقضاء أو بغير قضاء بخلاف المسئلة الاولى (ووجه) الفرق أن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار به اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين الى المقر له الثانى فيلزمه رد قيمته بخلاف المسئلة الاولى لان الاقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لوجوب الضمان لانعدام الاتلاف وانما التلف فى تسليم مال الغير الى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول اليه فلا جرم اذا وجد يجب الضمان وكذلك لو قال هذه الالف لفلان أخذتها من فلان أو أقرضنيها فلان وادعاها كل واحد منهما فهى للمقر له الاول ويضمن للذى أقر أنه أخذ منه أو أقرضه ألفا مثله لان الاخذ والقرض كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار بهما اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان فيرد الالف القائمة الى الاول لصحة اقراره بها له ويضمن للثانى ألفا أخرى ضمانا للاخذ والقرض ولو قال اودعنى فلان هذه الالف لا بل فلان يدفع الى المقر له الاول لما بينا ثم ان دفع اليه بغير قضاء القاضى يضمن للثانى بالاجماع وان دفع بقضاء القاضى فعند أبى يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان اقراره بالايداع من الثانى صحيح فى حق الثانى فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد فوته بالاقرار للاول بل استهلكه فكان مضمونا عليه (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع الى الاول بالاقرار والدفع بقضاء القاضى لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع الى هذه الالف فلان وهى لفلان وادعى كل واحد منهما انها له فهى للدافع لان اقراره بدفع فلان قد صح فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره للثانى فى حق الاول لكن يصح فى حق الثانى ولو قال هذه الالف لفلان دفعها الى فلان فهى للمقر له بالملك ولا يكون للدافع شئ فاذا ادعى الثانى ضمن له ألفا أخرى لما بينا ان الاقرار بها للاول يوجب الرد اليه وهذا يمنع صحة اقراره للثانى فى حق الاول لكنه يصح فى حق الثانى ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضى يضمن وان دفعه بقضاء القاضى فكذلك عند محمد وعند أبى يوسف لا يضمن والحجج من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو قال هذه الالف لفلان ارسل بها الى فلان فانه يردها على الذى أقر انها ملكه وهذا قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يصح اقراره للثانى عند أبى حنيفة فرق أبو حنيفة عليه الرحمة بين العين والدين بان قال لفلان على ألف درهم قبضتها من فلان فادعاها كل واحد منهما أن عليه لكل واحد منهما ألفا (ووجه) الفرق ان المقر به للاول هناك ألف فى الذمة فيلزمه ذلك باقراره له ولزمه ألف أخرى لفلان باقراره بقبضها منه اذ القبض سبب لوجوب الضمان فلزمه ألفان وههنا المقر به عين مشار اليها فمتى صح اقراره بها لم يصح للثانى وذكر قول أبى يوسف فى الاصل فى موضعين أحدهما انه لا ضمان عليه للثانى بحال با نتهاء الرسالة بالوصول الى المقر وفى الآخر انه ان دفع بغير قضاء القاضى يضمن فان قال الذى أقر له انها ملكه ليست الالف لى وادعاها الرسول لان اقراره للاول قد ارتد برده وقد أقر باليد للرسول فيؤمر بالرد اليه ولو كان الذى أقر له أنها ملكه غائبا وأراد الرسول أن يأخذها وادعاها لنفسه لم يأخذها كذا روى عن أبى يوسف لان رسالته قد انتهت بالوصول الى المقر ولو أقر الى خياط فقال هذا الثوب أرسله الى فلان لاقطعه قميصا وهو لفلان فهو للذى

أرسله اليه وليس للثانى شئ لانه أقر باليد للمرسل فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره بالملك الثانى كما اذا قال دفع الى هذه الالف فلان وهى لفلان على ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذى فى يدى لفلان أرسله الى فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذى أقر له أول مرة ولا يضمن للثانى شيأ فى قياس قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يضمن بناء على أن الاجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك فى يده عنده فاشبه الوديعة وعندهما عليه الضمان فاشبه الغصب والله سبحانه وتعالى العليم

﴿فصل﴾ (وأما) القرينة المبنية على الاطلاق فهى المعينة لبعض مايحتمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذاك قبل وجود القرينة فاذا وجدت القرينة يتعين البعض مرادا باللفظ من غير تغيير أصلا ثم ينظر ان كان اللفظ يحتملهما على السواء يصح بيانه متصلا كان أو منفصلا وان كان لاحدهما ضرب رجحان فان كان الافهام اليه أسبق عند الاطلاق من غير قرينة فان كان منفصلا لا يصح وان كان متصلا يصح اذا لم يتضمن الرجوع وان تضمن معنى الرجوع لا يصح الا بتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة أيضا يتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل على أصل المقر به ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدر المقر به (أما) الذى يدخل على أصل المقر به فهو أن يكون المقر به مجهول الذات بأن قال لفلان على شئ أو حق يصح لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الاقرار اخبار عن كائن وذلك قد يكون معلوما وقد يكون مجهولا بأن أتلف على آخر شيأ ليس من ذوات الامثال فوجبت عليه قيمته أو جرح آخر جراحة ليس لها فى الشرع أرش مقدر فأقر بالقيمة والارش فكان الاقرار بالمجهول اخبارا عن المخبر على ماهو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لان جهالة المشهود به تمنع القضاء بالشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف الاقرار فيصح و يقال له بين لانه المجمل فكان البيان عليه قال الله تبارك وتعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم ان علينا بيانه و يصح بيانه متصلا ومنفصلا لانه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل كبيان المجمل والمشترك لكن لا بد وأن يبين شيأ له قيمة لانه أقر بما فى ذمته ومالا قيمة له لا يثبت فى الذمة ثم اذا بين شيأ له قيمة فالامر لا يخلو من أحد وجهين اما ان صدقه فى ذلك وادعى عليه زيادة واما ان كذبه وادعى عليه مالا آخر فان صدقه فيما بين وادعى عليه زيادة أخذ ذلك القدر المبين وأقام البينة على الزيادة والا حلفه عليها ان أراد لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان كذبه وادعى عليه مالا آخر أقام البينة على مال آخر والا حلفه عليه وليس له أن يأخذ القدر المبين لانه أبطل اقراره له بالتكذيب وكذلك اذا أقر انه غصب من فلان شيأ ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد وأن يبين شيأ يتمانع فى العادة و يقصد بالغصب لان مالا يتمانع عادة ولا يقصد غصبه نحو كف من تراب أو غيره لا يطلق فيه اسم الغصب وهل يشترط مع ذلك أن يكون مالا متقوما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق لا يشترط وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى يشترط حتى لو بين انه غصب صبيا حرا أو غصب جلد ميتة أو خمر مسلم يصدق عند الاولين ولا يصدق عند الآخرين حتى يبين شيأ هو مال متقوم (وجه) قول مشايخ العراق ان الحكم الاصلى للغصب وجوب رد المغصوب وهذا لا يقف على كون المغصوب مالا متقوما (وجه) قول مشايخنا ان المغصوب مضمون على الغاصب وله ضمانان أحدهما وجوب رد العين عند القدرة والثانى وجوب قيمتها عند العجز فكان اقراره بغصب شئ اقرارا بغصب مايحتمل موجبه وهو المال المتقوم ولو بين غصب العقار ذكر القدورى رحمه الله انه يصدق وهذا على قياس قول مشايخ العراق لان العقار وان لم يكن مضمون القيمة بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فهو مضمون الرد بالاتفاق وعند محمد رحمه الله هو مضمون القيمة أيضا فاما على قياس قول مشايخنا على قياس قول محمد يصدق (وأما) على قياس قولهما لا يصدق لانه غير مضمون القيمة بالغصب عندهما والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا قال لفلان على مال يصدق فى القليل والكثير لان المال اسم مايتمول وذا يقع على القليل والكثير فيصح بيانه متصلا ومنفصلا ولو قال لفلان على الف و لم يبين فالبيان اليه والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذي يدخل على وصف المقر به فهو أن يكون المقر به معلوم الاصل مجهول الوصف نحو أن يقول غصب من فلان عبداً أو جارية أو ثوبا من العروض فيصدق في البيان من جنس ذلك سليما كان أو معيبا لان الغصب يرد على السليم والمعيب عادة وقد بين الاصل وأجمل الوصف فيرجع في بيان الوصف اليه فيصح متصلا ومنفصلا ومتى صح بيانه يلزمه الرد ان قدر عليه وان عجز عنه تلزمه القيمة لان المغصوب مضمون على هذا الوجه والقول قوله في مقدار قيمته مع يمينه لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك لو أقر انه غصب من فلان داراً وقال هي بالبصرة يصدق لانه أجمل المكان فكان القول في بيان المكان اليه فيلزمه تسليم الدار اليه ان قدر عليه وان عجز عنه بان خربت أو قال هي هذه الدار التي في يدي زيد وزيد ينكر فالقول قول المقر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر ولا يضمن وعند محمد يضمن قيمة الدار بناء على ان العقار غير مضمون القيمة بالغصب عندهما خلافا له فاذا أقر بالف درهم وقال هي زيوف أو نبهرجة فهذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان أقر بذلك مطلقا من غير بيان الجهة واما ان بين الجهة فان أطلق بان قال لفلان على الف درهم ولم يذكر له جهة أصلا وقال هي زيوف أو نبهرجة فان وصل يصدق وإن فصل لا يصدق لان اسم الدراهم اسم جنس يقع على الجياد والزيوف فكان قوله زيوف بيانا للنوع الا أنه يصح موصولا لا مفصولا لانها عند الاطلاق تصرف الى الجياد فكان فصل البيان رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندي الف درهم وقال هي زيوف أو نبهرجة يصدق وصل أو فصل لان هذا اقرار بالوديعة والوديعة مال محفوظ عند المودع وقد يكون ذلك جيداً وقد يكون زيوفا على حسب ما يودع فيقبل بيانه هذا اذا أطلق ولم يبين الجهة أما اذا بين الجهة بان قال لفلان على الف درهم ثمن مبيع وقال هي زيوف أو نبهرجة فلا يصدق وان وصل وعليه الجياد اذا ادعى المقر له الجياد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق (وجه) قولهما ماذكرنا آنفا ان اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد اذ هو اسم جنس والزيافة عيب فيها واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس لانه نوع من الجنس لكن عند الاطلاق ينصرف الى الجياد فيصح بيانه موصولا لوقوعه تعيينا لبعض ما يحتمله اللفظ ولا يصح مفصولا لكونه رجوعا عن الاقرار (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن قوله هي زيوف بعد النسبة الى ثمن المبيع رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه أن البيع عقد مبادلة فيقتضي سلامة البدلين لان كل واحد من العاقدين لا يرضى الا بالبدل السليم فكان اقراره بكون الدراهم ثمنا اقرارا بصفة السلامة فاخباره عن الزيافة يكون رجوعا فلا يصح كما اذا قال بعتك هذا العبد على أنه معيب لا يصدق وان وصل كذا هذا ولو قال لفلان على ألف درهم قرضا وقال هي زيوف فالجواب فيه كالجواب في البيع ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق بخلاف البيع (وجه) الرواية الاولى أن القرض في الحقيقة مبادلة المال بالمال كالبيع فكان في استدعاء صفة السلامة كالبيع (وجه) الرواية الاخرى أن القرض يشبه الغصب لانه يتم بالقبض كالغصب ثم بيان الزيافة مقبول في الغصب كذا في القرض و يشبه البيع لانه تمليك مال بمال فلشبهه بالغصب احتمل البيان في الجملة ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملا بالشبهين بقدر الامكان ولو قال غصب من فلان ألف درهم وقال هي زيوف أو نبهرجة يصدق سواء وصل أو فصل وروى عن أبي يوسف أنه لا يصدق اذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الغصب في الاجود لا يستدعي صفة السلامة لانه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما يتفق فكان محتملا للبيان متصلا أو منفصلا لانعدام معنى الرجوع فيه ولهذا لو كان المقر به غصب عبد بان قال غصبت من فلان عبدا ثم قال غصبته وهو معيب يصدق وان فصل كذا هذا ولو قال اودعني فلان ألف درهم وقال هي زيوف يصدق بلا خلاف فصل أو وصل لان الايداع استحفاظ المال وكما يستحفظ السليم يستحفظ المعيب فكان الاخبار عن الزيافة بيانا محضا فلا يشترط لصحته الوصل لانعدام تضمن معنى الرجوع. وأبو يوسف رحمه الله على ماروى عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقه في الوديعة موصولا كان البيان أو مفصولا ولم يصدقه

فى الغصب الا موصولا (ووجه) الفرق له أن ضمان الغصب ضمان مبادلة اذ المضمونات تملك عند أداء الضمان فاشبه ضمان المبيع وهو الثمن وفى باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا فى الغصب (فاما) الواجب فى باب الوديعة فهو الحفظ والمعيب فى احتمال الحفظ كالسليم فهو الفرق له والله أعلم بالصواب هذا اذا أقر بالدراهم وقال هى زيوف أونبهرجة فاما اذا أقر بها وقال هى ستوقة أو رصاص ففى الوديعة والغصب يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم الا أنه يسمى بها مجازا فكان الاخبار عن ذلك بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء (وأما) فى البيع اذا قال ابتعت بالف ستوقة أو رصاص فلا يصدق عند أبى حنيفة فصل أو وصل وهذا لا يشكل عنده لانه لو قال ابتعت بالف زيوف لا يصدق عنده وصل أو فصل فههنا أولى وعند أبى يوسف يصدق ولكن يفسد البيع أما التصديق فلان قوله ستوقة أو رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح كما اذا قال بالف بيض أو بالف سود (وأما) فساد البيع فلان تسمية الستوقة فى البيع يوجب فساده كتسمية العروض وروى عن أبى يوسف فيمن قال لفلان على ألف درهم بيض زيوف أو وضح زيوف أنه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان على ألف درهم جياد زيوف أو نقد بيت المال زيوف لا يصدق والفرق ظاهر لان البياض يحتمل الجودة والزيافة اذ البيض قد تكون جيادا وقد تكون زيوفا فاحتمل البيان بخلاف قوله جياد لان الجودة لا تحتمل الزيافة لتضاد بين الصفتين فلا يصدق أصلا وعلى هذا اذا أقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان ذكر عبدا معينا مشارا اليه بان قال ثمن هذا العبد واما ان ذكر عبدا من غير تعيين بان قال لفلان على ألف درهم ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه فان صدقه فى البيع يقال للمقر له ان شئت أن تأخذ الالف فسلم العبد والا فلا شئ لك لان المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضى تسليما بازاء تسليم وان كذبه فى البيع وقال ما بعت منك شيأ والعبد عبدى ولى عليك الف درهم بسبب آخر فالعبد للمقر له لانه يدعى عليه البيع وهو ينكر ولا شئ له على المقر من الثمن لان المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع فان ذكر عبدا بغير عينه فعليه الالف عند أبى حنيفة ولا يصدق فى عدم القبض سواء وصل أم فصل صدقه المقر له فى البيع أو كذبه وكان أبو يوسف أولا يقول ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال يسئل المقر له عن الجهة فان صدقه فيها لكن كذبه فى القبض كان القول قول المقر سواء وصل أو فصل وان كذبه فى البيع وادعى عليه الفا أخرى ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهو قول محمد (وجه) قوله الاول ان المقر به ثمن المبيع والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا أن الغالب هو القبض فكان قوله لم أقبضه بيانا فيه معنى التغيير من حيث الظاهر فيصدق بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قوله الآخر وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت الجهة بتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم فى البيع فكان قوله لم أقبضه تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضا فلا يشترط له الوصل لبيان المجمل والمشترك واذا كذبه يشترط الوصل لانه لو اقتصر على قوله لفلان على الف درهم لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم أقبضه لا يجب عليه التسليم الا بتسليم العبد فكان بيانا فيه معنى التغيير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء (ووجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قوله لم أقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بولاية المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت ولاية المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرارا بقبض المبيع فقوله لم أقبضه يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان على الف درهم ثمن خمر أو خنزير فعليه الف ولا يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يلزمه شئ (وجه) قولهما ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب فى ذمة المسلم لانه ثمن خمر أو خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره أصلا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بالف واجب فى ذمته وقوله ثمن خمر أو خنزير ابطال لما أقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان رجوعا فلا يصح ولو قال اشتريت من فلان عبدا بالف درهم لكنى لم أقبضه يصدق وصل أو فصل لان الشراء قد

يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم أقبض بيانا محضا فيصح متصلا أو منفصلا ولو قال أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض انما طلبت اليه القبض فأقرضني ولم أقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهذا استحسان والقياس أن يصدق وصل أو فصل (وجه) القياس ان المقر به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقرارا بالقبض كما لا يكون الاقرار بالبيع اقرارا بالقبض (وجه) الاستحسان ان تمام القرض بالقبض كما ان تمام الايجاب بالقبول فكان الاقرار به اقرارا بالقبض ظاهرا لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم أقبض بيانا معنى فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء والاستدراك وكذلك لو قال أعطيتني الف درهم أو أودعتني أو أسلفتني أو أسلمت الى وقال لم أقبض لا يصدق ان فصل وان وصل يصدق لان الاعطاء والايداع والاسلاف يستدعي القبض حقيقة خصوصا عند الاضافة فلا يصح منفصلا لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلا ولو قال بعتني دارك أو آجرتني أو أعرتني أو وهبتني أو تصدقت على وقال لم أقبض يصدق وصل أم فصل أما البيع والاجارة والاعارة لان القبض ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقرارا بالقبض وأما الهبة والصدقة فلان الهبة اسم للركن وهو التمليك وكذلك الصدقة وانما القبض فيهما شرط الحكم ولهذا لو حلف لا يهب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له والمتصدق عليه يحنث ولو قال نقدتني الف درهم أو دفعت الى الف درهم وقال لم أقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند أبي يوسف وعند محمد يصدق وجه قوله ان النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الاداء والتسليم والاعطاء والاسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشريطة الوصل كما في هذه الاشياء (وجه) قول أبي يوسف ان القبض من لوازم هذين الفعلين أعني النقد والدفع خصوصا عند صريح الاضافة والاقرار باحد المتلازمين اقرار بالآخر فقوله لم أقبض يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح وعلى هذا اذا قال لرجل أخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل أخذتها غصبا لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن ولو قال المقر له لا بل أقرضتك فالقول قول المقر مع يمينه (ووجه) الفرق ان أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقرارا بسبب الوجوب فدعوى الاذن تكون دعوى البراءة عن الضمان وصاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه بخلاف قوله أقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصادقا على ان الاخذ كان باذن والاخذ باذن لا يكون سببا لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاقراض دعوى الاخذ بجهة الضمان فلا يصدق الا ببينة ولو قال أودعتني الف درهم أو دفعت الى الف درهم وديعة أو أعطيتني الف درهم وديعة فهلكت عندي وقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لانه ما أقر بسبب وجوب الضمان اذ المقر به هو الايداع والاعطاء وانهما ليسا من أسباب الضمان ولو قال له اعرتني ثوبك او دابتك فهلكت عندي وقال المقر له غصبت مني نظر في ذلك ان هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه لان المقر به الاعارة وانها ليست بسبب لوجوب الضمان وان هلك بعد اللبس والركوب فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت الا بحجة وكذلك اذا قال له دفعت الى الف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له بل غصبتها مني انه ان هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا في الاعارة ولو أقر بألف درهم مؤجلة بأن قال لفلان على الف درهم الى شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالقول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى الاجل على الغير فاقراره مقبول ولا تقبل دعواه الا بحجة ويحلف المقر له على الاجل لانه منكر للاجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا أقر وقال كفلت لفلان بعشرة دراهم الى شهر وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة ان القول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد لان الظاهر شاهد للمقر لان الكفالة تكون مؤجلة عادة بخلاف الدين والله تعالى أعلم وعلى هذا اذا أقر انه اقتضى من فلان الف درهم كانت له عليه وأنكر المقر

له ان يكون له عليه شيء وقال هو مالى قبضته منى فالقول قوله مع يمينه ويؤمر بالرد اليه لان الاقرار بالاقتضاء اقرار بالقبض والقبض سبب لوجوب الضمان فى الاصل بالنص فكان الاقرار بالقبض اقراراً بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو بدعوة القبض بجهة الاقتضاء يدعى براءته عن الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه وكذلك اذا أقر انه قبض منه الف درهم كانت عنده وديعة وأنكر المقر له فالقول قول المقر له لما قلنا ولو قال أسكنت فلانا بيتى ثم أخرجته وادعى الساكن انه له فالقول قول المقر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه ولو قال أعرته دابتى ثم أخذتها منه وقال صاحبه هى لى فهو على هذا الاختلاف (وجه) قولهما ان قوله أسكنته دارى ثم أخرجته وأعرته دابتى ثم أخذتها منه اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيؤمر بالرد عليهما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولهذا لو غاب ساكن الدار فزعم المقر انه أعارهما (١) منه لم يقبل قوله فكذا اذا أقر وجه قول أبى حنيفة ان المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بجهة الاعارة والسكنى وهذا لان اليد لهما ما عرفت الا باقراره فبقيت على الوجه الذى أقر به فيرجع فى بيان كيفية اليد اليه ولو أقر فقال ان فلانا الخياط خاط قميصى بدرهم وقبضت منه القميص وادعى الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذى ذكرنا ولو قال خاط لى هذا القميص ولم يقل قبضه منه لم يؤمر بالرد عليه بالاجماع لانه اذا لم يقل قبضه منه لم يوجد منه الاقرار باليد للخياط لجواز انه خاطه فى بيته فلم تثبت يده عليه فلا يجبر على الرد هذا اذا لم يكن الدار والثوب معروفا له فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه اذا لم يكن معروفا له كان قول صاحبه هو لى منه دعوى التملك فلا تسمع منه الا ببينة ولو أقر ان فلانا ساكن فى هذا البيت والبيت لى وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البينة لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار هو صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعى الا ببينة ولو أقر ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك فى يدى المقر وادعى المقر له انه له فالقول قول المقر لان الاقرار بالزرع والغرس والبناء لا يكون اقرارا باليد لجواز وجودها فى يد الغير فلا يؤمر بالرد اليه والله تعالى أعلم وعلى هذا ان من أعتق عبده ثم أقر المولى انه أخذ منه هذا الشيء فى حال الرق وهو قائم بعينه وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق فالقول قول العبد ويؤمر بالرد اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضى وجوب الرد وقول المولى لا ينفى الوجوب بل يقتضيه لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان الرد والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان المولى اذا أخذ كسب عبده المأذون المديون يلزمه الرد اليه ولو أقر بالاتلاف بان قال أتلفت عليك مالا وأنت عبدى وقال العبد لا بل أتلفته وأنا حر فالقول قول العبد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد القول قول المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل قطعتها بعد العتق ولو تنازعا فى الضريبة فقال المولى أخذت منك ضريبة كل شهر كذا وهى ضريبة مثله وقال العبد لا بل كان بعد العتق فالقول قول المولى بالاتفاق وكذلك لو ادعى المولى وطء الامة قبل العتق وادعت الامة بعد العتق فالقول قول المولى بالاجماع (وجه) قول محمد وزفر رحمهما الله ان المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله وهذا لانه أضاف الضمان الى حال الرق حيث قال أتلفت وهو رقيق والرق ينافى الضمان اذ المولى لا يجب عليه لعبده ضمان فكان منكرا وجوب الضمان والعبد بقوله أتلفت بعد العتق يدعى وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله فى الغلة والوطء كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ان اعتبار قول العبد يوجب الضمان على المولى لان اتلاف مال الحر يوجب الضمان واعتبار قول المولى لا ينفى الوجوب لانه أقر بالاخذ والاخذ فى الاصل سبب لوجوب الضمان والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان اتلاف كسب العبد المأذون المديون ديناً مستغرقا للرقبة والكسب موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم المانع بقى خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة لان وطء الرقيقة لا يوجب الضمان أصلا وكذلك أخذ ضريبة العبد وهى الغلة لا يوجب الضمان على المولى فان المولى اذا أخذ ضريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للغرماء حق الاسترداد على ما مر فى كتاب المأذون فكان المولى بقوله كان

(١) هكذا بالاصل

قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول قوله مع ما ان الظاهر شاهد للمولى لان الاصل فى الوطء ان لا يكون سبباً لوجوب الضمان لانه اتلاف منافع البضع والاصل فى المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف فترجح خبر المولى بشهادة الاصل له فكان أولى بالقبول كما فى الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته فاما الاصل فى أخذ المال ان يكون سببا لوجوب الضمان فكان الظاهر شاهد للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع فى الاصل غير مضمونة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا استأمن الحربى أو صار ذمة فقال له رجل مسلم أخذت منك الف درهم وأنت حربى فى دار الحرب فقال له المقر له لا بل أخذته وأنا مستأمن أو ذمى فى دار الاسلام والالف قائمة بعينها فالقول قول المقر له و يؤمر بالرد اليه بالاجماع ولو قال أخذت منك الفا فاستهلكتها وأنت حربى فى دار الحرب أو قال قطعت يدك وقال المقر له لا بل فعلت وأنا مستأمن أو ذمى فى دار الاسلام فالقول قول المقر له و يضمن له المقر ما قطع وأتلف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر رحمهم الله لا يضمن شيئاً (وجه) قول محمد و زفر ان المولى منكر وجوب الضمان لاضافة الفعل الى حالة منافية للوجوب وهى حالة الحراب والقول قول المنكر (وجه) قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة أصل فى النفوس والسقوط بعارض المسقط فالقول قول من يشهد له الاصل وعلى هذا اذا قال لفلان على الف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الالف وزنا لا عددا لان الدراهم فى الاصل موزونة الا اذا كان الاقرار فى بلدة دراهمها عددية فينصرف الى العدد المتعارف وكذلك اذا ذكر العدد بان قال لفلان على الف درهم عددا يلزمه الف درهم وزنا ويلغو ذكر العدد و يقع على ما يتعارفه أهل البلد من الوزن وهو فى ديارنا وخراسان والعراق وزن سبعة وهو الذى يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار فى هذه البلاد يلزمه بهذا الوزن وان كان الاقرار فى بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان فى البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما فى نقد البلد فان استوت يحمل على الاقل منها لان الاقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها والوجوب فى الذمة أولم يكن والوجوب فى أقله لم يكن فى وقع الشك فى ثبوته فلا يثبت مع الشك ولو سمى زيادة على وزن البلد أو أنقص منه بان قال لفلان على الف درهم وزن خمسة ان كان موصولا يقبل والا فلا لان اسم الدراهم يحتمله لكنه خلاف الظاهر فاحتمل البيان الموصول ولا يصدق اذا فصل لانصراف الافهام عند الاطلاق الى وزن البلد فكان الاخبار عن غيره رجوعا فلا يصح وكذلك اذا قال لفلان على الف درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن المعروف وهو غير متهم فى الاقرار على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو أقر وهو ببغداد فقال لفلان على الف درهم طبرية يلزمه الف درهم طبرية لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية خرج وصفا للدراهم أى دراهم منسوبة الى طبرستان فلا يوجب تغيير وزن البلد وكذلك اذا قال لفلان على كر حنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه كر حنطة موصلية لكن بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لفلان على دينار شامى أو كوفى فعليه ان يعطيه دينارا واحدا وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه دينارين وزنهما جميعاً مثقال بخلاف الدراهم انه اذا أعطاه درهمين صغيرين مكان درهم واحد كبير انه يجبر على القبول كذا ذكر فى الكتاب وكان فى عرفهم ان الدينار اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيمة فكان نقصان الوزن فيه وضيعة كذلك اعتبر الوزن والعدد جميعا وفى الدراهم بخلاف فاما فى عرف ديارنا فالعبرة للوزن فسواء أعطاه دينارا واحدا أو دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما مثقالا وكذلك لو قال لفلان على قفيز حنطة فهو بقفيز البلد وكذلك الاوقار والامنان لما قلنا فى الدراهم والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذى يدخل على قدر المقر به فهو ان يكون المقر به مجهول القدر وانه فى الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان يذكر عددا واحدا واما ان يجمع بين عددين فالاول نحو ان يقول لفلان على دراهم أو دنانير لا يصدق فى أقل من ثلاثة لان الثلاثة أقل الجمع الصحيح فكان ثابتا بيقين وفى الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لفلان على دراهم

أو دنينير فعليه درهم تام ودينار كامل لان التصغير له قد يذكر لصغر الحجم وقد يذكر لاستحقار الدرهم واستقلاله وقد يذكر لنقصان الوزن فلا ينتقص عن الوزن بالشك وروى عن أبى يوسف فيمن قال لفلان على شىء من دراهم أو شىء من الدراهم ان عليه ثلاثة دراهم لانه أجمل الشىء وفسره بدراهم أى الشىء الذى هو دراهم كما فى قوله تبارك وتعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان أى الرجس التى هى أوثان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال لفلان على دراهم مضاعفة لا يصدق فى أقل من ستة لان أقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة وأقل التضعيف مرة واحدة فاذا ضعفنا الثلاثة مرة تصير ستة ولو قال لفلان على دراهم اضعافا مضاعفة لا يصدق فى أقل من ثمانية عشر لما بينا ان الدراهم المضاعفة ستة وأقل اضعاف الستة ثلاث مرات فذلك ثمانية عشر ولو قال لفلان على عشرة دراهم واضعافها مضاعفة لا يصدق فى أقل من ثمانين لانه ذكر عشرة دراهم وضاعف عليها اضعافها مضاعفة وأقل اضعاف العشرة ثلاثون فذلك أربعون وأقل تضعيف الاربعين مرة فذلك ثمانون وروى عن محمد فيمن قال لفلان على غير الف ان عليه الفين ولو قال غير الفين عليه أربعة آلاف لان غير من أسماء الاضافة فيقتضى ما يغايره لاستحالة مغايرة الشىء نفسه فاقتضى الفا تغاير الالف الذى عليه فصار معناه لفلان على غير الف أى غير هذا الالف الف آخر فكان اقرارا بألفين وكذا هذا الاعتبار فى قوله غير الفين ويحتمل ان يكون قوله غير الف أى مثل الف لان المغايرة من لوازم المماثلة لاستحالة كون الشىء مماثلا لنفسه ولهذا قيل فى حدها غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده والملازمة بين شيئين طريق الكتابة فصحت الكتابة عن المماثلة بالمغايرة فاذا قال لفلان على غير الف درهم فكانه قال مثل الف ومثل الالف الف مثله فكان اقرارا بألفين وكذا هذا الاعتبار فى قوله غير الفين ولو قال على زهاء الف أو عظم الف أو جل الف فعليه خمسمائة وشىء لان هذه عبارات عن أكثر هذا القدر فى العرف وكذا اذا قال قريب من الف لان خمسمائة وشيأ أقرب الى الالف من خمسمائة ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهم الله لا يصدق فى أقل من مائتى درهم (وجه) قولهما ان المقر به دراهم كثيرة وما دون المائتين فى حد القلة ولهذا لم يعتبر ما دونه نصاب الزكاة (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه انه جعل الكثرة صفة للدراهم وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشرة ألا ترى انه اذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهما واثنى عشر درهما هكذا ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها ولو قال لفلان على مال عظيم أو كثير لا يصدق فى أقل من مائتى درهم فى المشهور وروى عن أبى حنيفة رحمه الله ان عليه عشرة (وجه) ما روى عنه انه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم فى الشرع ألا ترى انه علق قطع اليد بها فى باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر فى باب النكاح (وجه) القول المشهور ان العشرة لا تستعظم فى العرف وانما يستعظم النصاب ولهذا استعظمه الشرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا أقل ما استعظمه الشرع عرفا فلا يصدق فى أقل من ذلك وقيل ان كان الرجل غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء وان كان فقيرا يقع على ما يستعظم عند الفقراء ولو قال على أموال عظام فعليه ستمائة درهم لان عظام جمع عظيم وأقل الجمع الصحيح ثلاثة وهذا على المشهور من الروايات فاما على ما روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه فيقع على ثلاثين درهما ولو قال غصبت فلانا ابلا كثيرة فهو على خمس وعشرين لانه وصف بالكثرة ولا تكثر الا اذا بلغت نصابا تجب الزكاة فيها فى جنسها وأقل ذلك خمس وعشرون ولو قال لفلان على حنطة كثيرة فعند أبى حنيفة رحمه الله البيان اليه وعندهما لا يصدق فى أقل من خمسة أوسق بناء على ان النصاب فى باب العشر ليس بشرط عند أبى حنيفة وعندهما شرط ولو قال لفلان على ما بين مائة الى مائتين أو من مائة الى مائتين فعليه مائة وتسعة وتسعون عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد عليه مائتان وعند زفر عليه تسعة وتسعون وكذلك اذا قال لفلان على ما بين درهم الى عشرة أو من درهم الى عشرة فعليه تسعة دراهم عند أبى حنيفة وعندهما

عليه

عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية ولو قال ما بين هذين الحائطين لفلان لم يدخل الحائطان في اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم وأشار الى الدرهمين لفلان لم يدخل الدرهمان تحت اقراره بالاتفاق والاصل فيه ان الغايتان لا يدخلان وعندهما يدخلان وعند أبي حنيفة يدخل الاول دون الآخر وجه قول زفر ان المقر به ماضربت به الغاية لا الغاية فلا تدخل الغاية تحت ماضربت له الغاية وهنا لم يدخل في باب البيع (وجه) قولهما انه لما جعلهما غايتين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزومهما (وجه) قول أبي حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل هذا الكلام يريد به دخول الغاية الاولى دون الثانية ألا ترى انه اذا قيل سن فلان ما بين تسعين الى مائة لا يراد به دخول المائة كذا ههنا ولو قال لفلان على ما بين كر شعير الى كر حنطة فعليه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا على قياس قول أبي حنيفة وعندهما عليه كران ولو قال لفلان على من درهم الى عشرة دنانير أو من دينار الى عشرة دراهم فعند أبي حنيفة رحمه الله عليه أربعة دنانير وخمسة دراهم تجعل الغاية الاخيرة من أفضلهما وعندهما عليه خمسة دنانير وخمسة دراهم وعند زفر عليه من كل جنس أربعة ولو قال له على من عشرة دراهم الى عشرة دنانير عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك لو قال له على من عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم أو أخر وعندهما عليه الكل وكذلك هذا الاختلاف في الوصية والطلاق ولو قال لفلان على خمسة دراهم في خمسة دراهم ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه خمسة وعشرون (وجه) قوله ان خمسة في خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون فيلزمه ذلك (ولنا) ان الشئ لا يتكثر في نفسه بالضرب وانما يتكثر باجزائه فخمسة في خمسة له خمسة أجزاء فيلزمه ذلك بالاقرار وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة لان في تحتمل مع لمناسبة بينهما في معنى الاتصال ولو أقر بتمر في قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعاً وكذلك اذا قال غصبت من فلان ثوبا في منديل يلزمه الثوب والمنديل وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يلزمه الظرف ولو أقر بدابة في اصطبل لا يلزمه الاصطبل بالاجماع (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الداخل تحت الاقرار التمر والثوب لا القوصرة والمنديل لما ذكرنا ان ذلك ظرفا فالاقرار بشئ في ظرف لا يكون اقرارا به وبظرفه كالاقرار بدابة في الاصطبل وبنخلة في البستان انه لا يكون اقرارا بالاصطبل والبستان (ولنا) أن الاقرار بالتمر في قوصرة اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيهما وكذلك الاقرار بغصب الثوب في منديل لان الثوب يغصب مع المنديل الملفوف فيه عادة وكذلك التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير معتاد مع ما ان العقار لا يحتمل الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولو قال لفلان على ثوب في ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب في عشرة أثواب فليس عليه الا ثوب واحد عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله عليه احد عشر ثوبا (وجه) قول محمد رحمه الله انه جعل عشرة أثواب ظرفا للثوب الواحد وذلك محتمل بان يكون في وسط العشرة فاشبه الاقرار بثوب في منديل أو في ثوب (وجه) قول أبي يوسف ان ماذكره محمد ممكن لكنه غير معتاد ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عددا واحدا مجملا فان ذكر عددا واحدا معلوما لكن أضافه الى صنفين بان قال لفلان على مائتا مثقال ذهب وفضة أو كرا حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف وكذلك لو سمى أجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه ذكر عددا واحدا وأضافه الى عددين من غير بيان حصة كل واحد منهما فتكون حصة كل واحد منهما على السواء كما اذا أضافه الى شخص واحد بان أقر بمائتي درهم لرجلين فان لكل واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعني ثلاثة أثواب زطي ويهودي فالقول قول المقر ان شاء جعل زطيين ويهوديا وان شاء جعل يهوديين وزطيا لانه جعل الاثواب الثلاثة من جنس الزطي واليهودي فيكون زطي ويهودي مرادا بيقين فكان البيان في الآخر اليه لتعذر اعتبار المساواة فيه ولو قال استودعني عشرة أثواب هروية ومروية كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة ههنا ممكن وأما اذا جمع بين عددين فلا يخلو اما أن جمع بين عددين مجملين واما ان أجمل

أحدهما و بين الآخر فان جمع بين عددين مجملين بان قال لفلان على كذا كذا درهما لا يصدق فى أقل من أحد عشر درهما لانه جمع بين عددين مبهمين وجعلهما اسما واحدا من غير حرف الجمع وذلك يحتمل أحد عشر واثنى عشر هكذا الى تسعة عشر الا ان أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة أحد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به و يلزمه احد عشر درهما لانه فسر هذا العدد بالدراهم لا بغيرها ولو قال لفلان على كذا وكذا درهما لا يصدق فى أقل من احدى وعشرين درهما لانه جمع بين عددين مبهمين بحرف الجمع وجعلهما اسما واحدا وأقل ذلك احدى وعشرون وأما اذا أجمل أحدهما و بين الآخر فنحو ان يقول لفلان على عشرة دراهم ونيف فعليه عشرة والقول قوله فى النيف من درهم أو أكثر أو أقل لانه عبارة عن مطلق الزيادة ولو قال لفلان على بضع وخمسون درهما لا يصدق فى بيان البضع فى أقل من ثلاثة دراهم لان البضع فى اللغة اسم لقطعة من العدد وفى عرف اللغة يستعمل فى الثلاثة الى التسعة فيحمل على أقل المتعارف لانه متيقن به ولو قال لفلان على عشرة دراهم ودانق أو قيراط فالدانق والقيراط من الدراهم لانه عبارة عن جزء من الدراهم كأنه قال لفلان على عشرة وسدس ولو قال لفلان على مائة ودرهم فالمائة دراهم ولو قال مائة ودينار فالمائة دنانير ويكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله فى المائة (وجه) القياس انه أبهم المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر تصرفه على حسب ما أوقعه فيلزمه درهم والقول فى المبهم قوله (وجه) الاستحسان ان قوله لفلان على مائة ودرهم أى مائة درهم ودرهم هذا معنى هذا فى عرف الناس الا انه حذف الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة العرب من الاضمار والحذف فى الكلام وكذلك لو قال لفلان على مائة وشاة فالمائة من الشياه عليه تعرف الناس ولو قال لفلان على مائة وثوب فعليه ثوب والقول فى المائة قوله لان مثل هذا لا يستعمل فى بيان كون المعطوف عليه من جنس المعطوف فبقيت المائة مجملة فكان البيان فيما أجمل عليه وكذلك اذا قال مائة وثوبان ولو قال مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب لان قوله مائة وثلاثة كل واحد منهما مجمل وقوله أثواب يصلح تفسيرا لهما فجعل تفسيرا لهما وكذلك روى عن أبى يوسف رحمه الله فيمن قال لفلان على عشرة وعبد ان عليه عبد والبيان فى العشرة اليه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على عشرة ووصيفة ان عليه وصيفة والبيان فى العشرة اليه ولو أقر لرجل بالف فى مجلس ثم أقر له بالف أخرى نظر فى ذلك فان أقر له فى مجلس آخر فعليه ألفان عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد عليه الف واحدة وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه أيضا وان أقر له فى مجلس واحد فعندهما لا يشكل ان عليه الفا واحدا وأما عند أبى حنيفة ذكر عن الكرخى ان عليه ألفين وذكر عن الطحاوى ان عليه ألفا واحدا وهو الصحيح (وجه) قول أبى يوسف ومحمد ان العادة بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد فى مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت العادة بذلك فى مجلس واحد ليفهم الشهود فلا يحمل على انشاء الاقرار مع الشك (وجه) قول أبى حنيفة ان الالف المذكور فى الاقرار الثانى غير الالف المذكور فى الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من الالفين منكرا والاصل ان النكرة اذا كررت يراد بالثانى غير الاول قال الله تبارك وتعالى ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا حتى قال ابن عباس رضى الله عنه لن يغلب عسر يسرين الا انا تركنا هذا الاصل فى المجلس الواحد للعادة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع لكن بعضها يعم الاقارير كلها و بعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة فأنواع منها العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبى الذى لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط فيصح اقرار الصبى العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا فى كتاب المأذون الا انه لا يصح اقرار المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأذون للضرورة ولم يوجد وأما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا فى كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف

المأذون لان اقرار المأذون انما صح لكونه من ضرورات التجارة على ماذكر فى كتاب المأذون والمحجور لا يملك التجارة فلا يملك ماهو من ضروراتها الا انه يصح اقراره فى حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه فى حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار والمرض ليس بمانع حتى يصح اقرار المريض فى الجملة لان صحة اقرار الصحيح برجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحال المريض أدل على الصدق فكان اقراره أولى بالقبول على ماذكره فى موضعه وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار لانه فى الاقرار على نفسه غير متهم ومنها ان لا يكون متهما فى اقراره لان التهمة تخل برجحان الصدق على جانب الكذب فى اقراره لان اقرار الانسان على نفسه شهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على نفسه اقرار دل ان الاقرار شهادة وانها ترد بالتهمة وفروع هذه المسائل تأتى فى خلال المسائل ان شاء الله تعالى ومنها الطوع حتى لا يصح اقرار المكره لما ذكرنا فى كتاب الاكراه ومنها ان يكون المقر معلوما حتى لو قال رجلان لفلان على واحد منا ألف درهم لا يصح لانه اذا لم يكن معلوما لا يتمكن المقر له من المطالبة فلا يكون فى هذا الاقرار فائدة فلا يصح وكذلك اذا قال أحدهما غصب واحد منا وكذلك اذا قال واحد منا زنى أو سرق أو شرب أو قذف لان من عليه الحد غير معلوم فلا يمكن اقامة الحد وأما الذى يخص بعض الاقار يردون البعض فمعرفته مبنية على معرفة أنواع المقر به فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان المقر به فى الاصل نوعان أحدهما حق الله تعالى عز شأنه والثانى حق العبد اما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا أحدهما ان يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا والسرقة والشرب والثانى ان يكون للعبد فيه حق وهو حد القذف ولصحة الاقرار بها شرائط ذكرناها فى كتاب الحدود

﴿ فصل ﴾ وأما حق العبد فهو المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها ولا يشترط لصحة الاقرار بها ما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهى ماذكرنا من العدد ومجلس القضاء والعبارة حتى ان الاخرس اذا كتب الاقرار بيده أو أومأ بما يعرف انه اقرار بهذه الاشياء يجوز بخلاف الذى اعتقل لسانه لان للأخرس اشارة معهودة فاذا أتى بها يحصل العلم بالمشار اليه وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولان اقامة الاشارة مقام العبارة أمر ضرورى والخرس ضرورة لانه أصلى (فأما) اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على شرف الزوال بخلاف الحدود لانه لا يجعل ذلك اقرارا بالحدود لما بينا ان مبنى الحدود على صريح البيان بخلاف القصاص فانه غير مبنى على صريح البيان فانه اذا أقر مطلقا عن صفة التعمد بذكر آلة دالة عليه وهى السيف ونحوه يستوفى بمثله القصاص وكذا لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحو حتى يصح اقرار السكران لانه يصدق فى حق المقر له انه غير صاحى أو لانه ينزل عقله قائما فى حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحى معزوا له حقيقة عقوبة عليه وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالى لكن الشرائط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان نوع يرجع الى المقر له ونوع يرجع الى المقر به (أما) الذى يرجع الى المقر له فنوع واحد وهو ان يكون معلوما موجودا كان أو حملا حتى لو كان مجهولا بان قال لواحد من الناس على أو لزيد على ألف درهم لا يصح لانه لا يملك أحد مطالبته فلا يفيد الاقرار حتى لو عين واحدا بان قال عنيت به فلانا يصح ولو قال لحمل فلانة على ألف درهم فان بين جهة يصح وجوب الحق للحمل من تلك الجهة بان قال المقر أوصى بها فلان له أو مات أبوه فورثه صح الاقرار لان الحق يجب له من هذه الجهة فكان صادقا فى اقراره فيصح وان أجمل الاقرار لا يصح عند أبى يوسف وعند محمد يصح (وجه) قول محمد ان اقرار العاقل يجب حمله على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على اقراره على جهة مصححة له وهى ماذكرنا فوجب

حمله عليه (وجه) قول أبي يوسف ان الاقرار المبهم له جهة الصحة والفساد لانه ان كان يصح بالحمل على الوصية والارث يفسد بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع الشك مع ما ان الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك من وجه واحد يمنع صحة الاقرار فمن وجهين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر للحمل (أما) اذا أقر بالحمل بان أقر بحمل جارية أو بحمل شاة لرجل صح أيضا لان حمل الجارية والشاة مما يحتمل الوجوب في الذمة بان أوصى له به مالك الجارية والشاة فاقر به والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى المقر به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحة الفراغ عن تعلق حق الغير فان كان مشغولا بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله من غير رضاه فلا بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة محل التعلق (أما) وقت التعلق فهو وقت مرض الموت فما دام المديون صحيحا فالدين في ذمته فاذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أي يتعين فيها و يتحول من الذمة اليها الا انه لا يعرف كون المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين ان المرض كان مرض الموت من وقت وجوده فتبين ان التعلق يثبت من ذلك الوقت و بيان ذلك الوقت ببيان حكم اقرار المريض والصحيح وما يفترقان فيه وما يتصل به وما يستويان فيه فنقول و بالله التوفيق اقرار المريض في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفاء الدين من غيره (فأما) اقراره بالدين لغيره فلا يخلو من أحد وجهين (اما) ان أقر به لاجنبي أو لوارث فان أقر به لوارث فلا يصح الا باجازة الباقين عندنا وعند الشافعي يصح (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث (ولنا) ما روي عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما انهما قالا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبي جاز ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا ولانه متهم في هذا الاقرار لجواز انه آثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به فاراد تنفيذ غرضه بصورة الاقرار من غير ان يكون للوارث عليه دين فكان متهما في اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ولهذا لا يملك ان يتبرع عليه بشئ من الثلث مع ما انه خالص ملكه لا حق لاجنبي فيه فكان اقراره للبعض ابطالا لحق الباقين فلا يصح في حقهم ولان الوصية لم تجز لوارث فالاقرار أولى لانه لو جاز الاقرار لارتفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار اختيارا للايثار بل هو أولى من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالاقرار يذهب جميع المال فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الاولى و يصح اقرار الصحيح لوارث لان ما ذكرنا من الموانع منعدمة في اقراره هذا اذا أقر لوارث فان أقر لاجنبي فان لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة يصح اقراره من جميع التركة استحسانا والقياس ان لا يصح الا في الثلث (وجه) القياس ان حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على الثلث لكنا تركنا القياس بالاثر وهو ما روي عن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال اذا أقر المريض بدين لاجنبي جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف له فيه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مخالف فيكون اجماعا ولانه في الاقرار للاجنبي غير متهم فيصح و يصح اقرار الصحيح للاجنبي من جميع المال لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق بالتركة حالة المرض وكذا لو أقر الصحيح بديون لاناس كثيرة متفرقة بان أقر بدين جاز عليه كله لان حال الصحة حال الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق وانما الامتناع لعارض تعلق حق الورثة أو للتهمة وكل ذلك ههنا منعدم و يستوي فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو أقر المريض بديون لاناس كثيرة متفرقة بان أقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر استواء الكل في التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ زمن المرض مع امتداده متجدد أمثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه التقدم والتأخر ولو أقر وهو مريض بدين ثم بعين بان أقر ان هذا الشئ الذي في يده وديعة لفلان فهما دينان ولا تقدم

الوديعة لان اقراره بالدين قد صح فأوجب تعلق حق الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظاهر والاقرار بالوديعة لا يبطل التعلق لان حق الغير يصان عن الابطال ما أمكن وأمكن ان يجعل ذلك اقرارا بالدين لاقراره باستهلاك الوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليه واذا صار مقرا باستهلاك الوديعة فالاقرار باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كانا دينين ولو أقر بالوديعة أولا ثم أقر بالدين فالاقرار بالوديعة أولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من ان تكون محلا للتعلق لخروجها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان حق غريم المرض يتعلق بالتركة لا بغيرها ولم يوجد وكذلك لو أقر المريض بمال في يده انه بضاعة أو مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة يعتبر اقراره فأما اذا كان عليه دين ظاهر معلوم بغير اقراره ثم أقر بدين آخر نظر في ذلك فان لم يكن المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره تقدم الديون الظاهرة لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولا من التركة فالفضل يصرف الى غير غرماء الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستويان (وجه) قوله ان غريم المرض مع غريم الصحة استويا في سبب الاستحقاق وهذا لان الاقرار انما كان سببا لظهور الحق لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحالة المرض أدل على الصدق لانها حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حالة الصحة فان الصدق فيها أغلب فكان أولى بالقبول (ولنا) ان شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق الغير به لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من أول المرض بدليل انه لو تبرع بشئ من ماله لا ينفذ تبرعه ولولا تعلق حق الغير به لنفذ لانه حينئذ كان التبرع تصرفا من الاصل في محل هو خالص ملكه وحكم الشرع في مثله النفاذ فدل عدم النفاذ على تعلق النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم الفراغ الذي هو شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة فلا يصح في حقه ولانه اذا لم يعلم وجوبه بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره كان متهما في هذا الاقرار في حق غرماء الصحة لجواز ان يكون له ضرب عناية في حق شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه أو بينهما حقوق تبعثه على المعروف والصلة في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع فيريد به تحصيل مراده بصورة الاقرار فكان متهما في حق أصحاب الديون الظاهرة انه أظهر الاقرار من غير ان يكون عليه دين فيرد اقراره بالتهمة وكذلك اذا كان عليه دين الصحة فأقر بعبده في يده انه لفلان لا يصح اقراره في حق غرماء الصحة وكانوا أحق بالغرماء من الذي أقر له لانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الغرماء بالعبد لما بينا وكان الاقرار بالعبد لفلان ابطالا لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن الدين المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره (فأما) اذا كان بان كان بدلا عن مال ملكه كبدل القرض وثمن المبيع أو بدلا عن مال استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة ويقدمان جميعا على دين المرض لانه اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لم يحتمل الرد فيظهر وجوبه باقراره وتعلقه بالتركة من أول المرض وكذا اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لا يتهم في اقراره والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا تزوج امرأة في مرضه بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز ذلك على غرماء الصحة والمرأة تحاصصهم بمهرها لانه لما جاز النكاح ولا يجوز الا بوجوب المهر كان وجوبه ظاهرا معلوما لظهور سبب وجوبه وهو النكاح فلم يكن وجوبه محتملا للرد فيتعلق بماله ضرورة تحققه ان النكاح اذا لم يجز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان فكذلك وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرعا والمريض غير محجور عن صرف ماله الى حوائجه الاصلية كثمن الاغذية والادوية وان كان عليه دين الصحة وللصحيح ان يؤثر بعض الغرماء على بعض حتى انه لو قضى دين أحدهم لا يشاركه فيه الباقون لما بينا أن الدين في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار البعض ابطال حق الباقين الا ان يقر لرجلين بدين واحد فما قبض أحدهما منه شيأ كان لصاحبه أن يشاركه فيه لانه قضى دينا مشتركا فكان المقبوض على الشركة وليس للمريض ان يؤثر بعض غرمائه على بعض سواء كانوا غرماء المرض أو غرماء الصحة حتى انه لو قضى

دين أحدهم شاركه الباقون في المقبوض لان المرض أوجب تعلق الحق بالتركة وحقوقهم في التعلق على السواء فكان في ايثار البعض ابطال حق الباقين الا ان يكون ذلك بدل قرض أو ثمن مبيع بان استقرض في مرضه أو اشترى شيأ بمثل قيمته وكان ذلك ظاهرا معلوما فله أن يقضي القرض و ينقد الثمن ولا يشاركه الغرماء في المقبوض والمنقود لان الايثار في هذه الصورة ليس ابطالا لحق الباقين لان حقوقهم متعلقة بمعنى التركة لا بصورتها والتركة قائمة من حيث المعنى لقيام بدلها الا ان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو فلم يكن ذلك ابطالا معنى ولو تزوج امرأة أو استأجر أجيرا فنقدهما المهر والاجرة لا يسلم لهما المنقود بل الغرماء يتبعونهما و يخاصمونهما بديونهم وكانوا اسوة الغرماء لان التسليم أعني جعل المنقود سالما لهما ابطال حق الغرماء صورة ومعنى لان المهر بدل عن ملك النكاح وملك النكاح لا يحتمل تعلق حق الغرماء به وكذلك الاجرة بدل عن المنفعة المستوفاة وهي مما لا يحتمل تعلق الحق به لذلك لزم الاستواء في القسمة والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج تقديم الدين على الوصية والميراث لان الميراث حق وضع في المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق للتركة والتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الارث فيه قال الله تعالى عز من قائل من بعد وصية يوصي بها أو دين وقد قدم الدين على الميراث وسواء كان دين الصحة أو دين المرض لان الدليل لا يوجب الفصل بينهما وهو ما بينا واذا اجتمعت الديون فالغرماء يقسمون التركة على قدر ديونهم بالحصص ولو توى شئ من التركة قبل القسمة اقتسموا الباقي بينهم بالحصص و يجعل التاوي كانه لم يكن أصلا لان حق كل واحد منهم تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقي بينهم على قدر ديونهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان محل تعلق الحق فمحل تعلق الحق هو المال لان الدين يقضى من المال لا من غيره فيتعلق حق الغرماء بكل متروك هو مال من العين والدين ودية المديون وارش الجنايات الواجبة له بالجناية عليه خطأ أو عمدا لان كل ذلك مال ولا يتعلق بالقصاص في النفس وما دونها حتى لا يصح عفوهم لانه ليس بمال ولو عفا بعض الورثة عن القصاص حتى انقلب نصيب الباقين مالا يتعلق حق الغرماء به و يقضى منه ديونهم لانه بدل نفس المقتول فكان حقه فيصرف الى ديونه كسائر أمواله المتروكة و كذلك المديون اذا كانت امرأة يتعلق حق الغرماء بمهرها و يقسم بينهم بالحصص لان المهر مال والله سبحانه وتعالى أعلم وما عرف من أحكام الاقارير وتفاصيلها في الصحة والمرض في اقرار الحر فهو الحكم في اقرار العبد المأذون لانه يملك الاقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا في كتاب المأذون فكان هو في حكم الاقرار والحر سواء ولو تصرف المأذون في مرضه جازت محاباته من جميع المال ومحاباة الحر المريض لا تجوز الا من الثلث (ووجه) الفرق ان انحجار الحر عن المحاباة لتعلق حق الورثة والعبد لا وارث له وحكم تصرفه يقع لمولاه فاشبه الوكيل بالبيع اذا باع في مرض موته وحابى انه تجوز محاباته من جميع المال كذا هذا ولو كان على العبد دين وفي يده وفاء بالدين أخذ الغرماء ديونهم وجازت المحاباة فيما بقي من المال وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ان شئت فاد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كالحر المريض اذا حابى وعليه دين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما اقرار المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فلا يخلو من أحد وجهين اما ان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث واما ان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فاما ان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة واما ان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة يصح و يصدق في اقراره بالاستيفاء حتى يبرأ الغريم عن الدين سواء كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلا عما ليس بمال نحو ارش جناية أو بدل صلح عن عمد او كان بدلا عما هو مال نحو بدل قرض أو ثمن مبيع وسواء لم يكن عليه دين الصحة أو كان عليه دين الصحة أما اذا وجب بدلا عما هو مال فلان المريض

بهذا

بهـذا الاقرار لم يبطل حق الغرماء لان المديون استحق البراءة عن الدين بالاقرار باستيفاء الدين حالة الصحة كما استحقها بايفاء الدين بالتخلية بين المال و بين صاحب الدين والعارض هو المرض وأثره فى حجر المريض عما كان له لا فى حجره عما كان حقا مستحقا عليه كالعبد المأذون اذا أقر بعد الحجر باستيفاء دين ثبت له فى حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل أولى لان حجر العبد أقوى لانه يصير محجورا عن البيع والشراء والمريض لا يصير محجورا عن البيع والشراء ثم أثر الحجر هناك ظهر فيما له لا فيما عليه فههنا أولى (وأما) اذا وجب بدلا عما ليس بمال فلان بالمرض لم يتعلق حق الغرماء بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل واذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفاء الدين ابطالا لحق الغرماء فيصح و يبرأ الغريم وكذلك اذا أقر المولى باستيفاء بدل الكتابة الواقعة فى حالة الصحة يصدق و يبرأ المكاتب لما قلنا هـذا اذا أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة الصحة فاما اذا أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة المرض فان وجب بدلا عما هو مال لم يصح اقراره ولا يصدق فى حق غرماء الصحة و يجعل ذلك منه اقرارا بالدين لانه بالمرض فقد تعلق حق الغرماء بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض ابطالا لحقهم عن المبدل الا ان يصل البدل اليهم فيكون بدلا معنى لقيام البدل مقامه لما أقر بالاستيفاء فلا وصول للبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفاء فى حقهم فبقى اقرارا بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان كل من استوفى دينا من غيره يصير المستوفى دينا فى ذمة المستوفى ثم تقع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفاء اقرارا بالدين واقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح فى حق غرماء الصحة وكذلك لو أتلف رجل على المريض شيأ فى مرضه فاقر المريض بقبض القيمة منه لم يصدق فى ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقا بالمبدل حالة المرض فيتعلق بالبدل ولو أتلف فى حالة الصحة فاقر فى حالة المرض صح لان الاقرار بقبض دين الصحة فى حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو بالمال لما بينا وان وجب بدلا عما ليس بمال يصح اقراره لانه بالمرض لم يتعلق حق غرماء الصحة بالمبدل لانه لا يحتمل التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل فصار الاقرار باستيفائه والاقرار باستيفاء دين وجب له فى حال الصحة سواء وذلك صحيح كذا هذا وكذلك لو أقر رجل للمريض انه قتل عبدا فى مرضه خطأ أو قطع يد العبد أو قامت البينة على ذلك فلزمه نصف القيمة فأقر المريض بالاستيفاء فهو مصدق لان الواجب بقتل العبد بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل انه يجب مقدرا كارش الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلاثون ألف درهم فعليه عشرة آلاف درهم الا أحد عشر درهما عند أبى يوسف رحمه الله فينقص عشرة عن عشرة آلاف لئلا يبلغ دية الحر و ينقص الدرهم الحادى عشر لئلا تبلغ بدل يده بدل نفسه وعند محمد رحمه الله يجب بقطع يد هذا العبد خمسة آلاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدرا فكان بدلا عما ليس بمال كارش الحر فلا يتعلق به حق الغرماء فلا يكون الاقرار بالاستيفاء ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجانى قتل العبد متعمدا فصالحه المريض على مال ثم أقر أنه استوفى بدل الصلح جاز وكان مصدقا لان بدل الصلح بدل عما ليس بمال والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث لا يصح سواء وجب بدلا عما هو مال أو بدلا عما ليس بمال لانه اقرار بالدين لما بينا ان استيفاء الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفى دينا فى ذمة المستوفى فكان اقراره بالاستيفاء اقرارا بالدين واقرار المريض لوارثه باطل وعلى هـذا اذا تزوج امرأة فاقرت فى مرض موتها انها استوفت مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها دين الصحة ثم ماتت قبل أن يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها و يؤمر الزوج برد المهر الى الغرماء فيكون بين الغرماء بالحصص لان الزوج وارثها واقرار المريض بدين وجب له على وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك اقرار بالدين للوارث وانه باطل ولو أقرت فى مرضها انها استوفت المهر من زوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من ان يكون وارثا لها فلم يكن اقرارها باستيفاء المهر منه اقرارا بالدين للوارث فصح وليس

للزوج ان يضارب الغرماء بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفاء جميع المهر مني وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف المهر دينا لي عليها فانا أضرب مع غرمائها لان اقرارها بالاستيفاء انما يصح في حق براءة الزوج عن المهر لا في حق اثبات الشركة في مالها مع غرمائها لان ديونهم ديون الصحة واقرارها للزوج في حالة المرض فلا يصح في حقهم ولو كان الزوج دخل بها فأقرت باستيفاء المهر ثم طلقها طلاقا بائنا أو رجعيا ثم ماتت بعد انقضاء العدة فكذلك الجواب لان الزوج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انقضاء العدة لا يصح اقرارها (أما) في الطلاق الرجعي فلان الزوجية باقية والوراثة قائمة (وأما) في البائن فلان العدة باقية وكانت ممنوعة من هذا الاقرار لقيام النكاح في حالة العدة فكان النكاح قائما من وجه فلا يزول المنع ما دام المانع قائما من وجه ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجها وان كان الطلاق بائنا واذا لم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفي أصحاب ديون الصحة ديونهم فان فضل من مالها شيء ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما ومشايخنا يقولون ان هذا الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وأما) على قولهما يجب ان يكون اقرارها باستيفاء المهر من الزوج صحيحا في حق التقديم على الورثة في جميع ما أقرت (وأصل) المسئلة في كتاب الطلاق في المريض يطلق امرأته بسؤالها ثم يقر لها بمال انه يصح اقراره عندهما لانها أجنبية لا ميراث لها منه وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث ومما أقر لها به فهما يعتبران ظاهر كونها أجنبية وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل انهما تواضعا على ذلك ليقر لها بأكثر من نصيبها فكان متهما فيما زاد على ميراثها في حق سائر الورثة فلم يصح فهذا كذلك والعبد المأذون في حالة المرض في الاقرار باستيفاء دين الصحة والمرض كالحر لانه يملك الاقرار باستيفاء الدين وقبضه كالحر فكل ما صح من الحر يصح منه وما لا فلا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما اقرار المريض بالابراء بان أقر المريض انه كان ابرأ فلانا من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز لانه لا يملك انشاء الابراء للحال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفاء الدين لانه اقرار بقبض الدين وانه يملك انشاء القبض فيملك الاخبار عنه بالاقرار والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان أحدهما اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارثه ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته في حق ثبات النسب شرائط منها ان يكون المقر به محتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن كائن فاذا استحال كونه فالاخبار عن كائن يكون كذبا محضا وبيانه ان من أقر بغلام انه ابنه ومثله لا يلد مثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون ابنا له فكان كذبا في اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف النسب من غيره فان كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده ومنها تصديق المقر بنسبه اذا كان في يد نفسه لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعا لان المرض ليس بمانع لعينه بل لتعلق حق الغير أو التهمة فكل ذلك منعدم اما التعلق فظاهر العدم لانه لا يعرف التعلق في مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من لوازم النسب فان لحرمان الارث أسبابا لا تقدح في النسب من القتل والرق واختلاف الدين والدار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر بنسبه أو صدقه لان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره لانه على غيره شهادة أو دعوى والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر الوالدين والولد والزوجة والمولى ويجوز اقرار المرأة بأربعة نفر الوالدين والزوج والمولى ولا يجوز بالولد لانه ليس في الاقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره اما الاقرار بالولاء فظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى أحد

وكذلك

وكذلك لا قرار بالزوجية ليس فيه حمل نسب الغير على غيره لكن لا بد من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق في حال حياة المقر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصح تصديق المرأة سواء صدقته في حال حياته أو بعد وفاته بالاجماع بان أقر الرجل بالزوجية فمات ثم صدقته المرأة لان النكاح يبقى بعد الموت من وجه لبقاء بعض أحكامه في العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجية من المرأة فصدقها الزوج بعد موتها لا يصح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصح (وجه) قولهما ماذكرنا ان النكاح يبقى بعد الموت من وجه فيجوز التصديق كما اذا أقر الزوج بالزوجية وصدقته المرأة بعد موته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان النكاح للحال عدم حقيقة فلا يكون محلا للتصديق الا انه أعطى له حكم البقاء لاستيفاء أحكام كانت ثابتة قبل الموت والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت فكان زائلا في حق هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاقرار بالولد فلانه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل لكن لا بد من التصديق اذا كان في يد نفسه لما قلنا وسواء وجده في حال حياته أو بعد وفاته لان النسب لا يبطل بالموت فيجوز التصديق في الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا الا الولد لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل نسب الولد على نفسه ولا يجوز الاقرار بغير هؤلاء من العم والاخ لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الاب والجد وكذلك الاقرار بوارث في حق حكم الميراث يشترط له ما يشترط للاقرار به في حق ثبات النسب وهو ما ذكرنا الا شرط حمل النسب على الغير فان الاقرار بنسب يحمله المقر على غيره لا يصح في حق ثبات النسب أصلا و يصح في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث أصلا و يكون ميراثه له لان تصرف العاقل واجب التصحيح ما أمكن فان لم يمكن في حق ثبات النسب لفقد شرط الصحة أمكن في حق الميراث وان كان ثمة وارث قريبا كان أو بعيداً لا يصح اقراره أصلا ولا شئ له في الميراث بان أقر باخ وله عمة أو خالة فميراثه لعمته أو لخالته ولا شئ للمقر له لانهما وارثان بيقين فكان حقهما ثابتاً بيقين فلا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا أقر باخ أو ابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات فالميراث للمولى ولا شئ للمقر له لان الولاء من أسباب الارث ولا يكون اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لانعدام الرجوع حقيقة فبقي العقد وانه يمنع صحة الاقرار بالمذكور وكذلك لو كان مولى الموالاة هو مولى العتاقة من طريق الاولى لانه عصبته ولو لم يكن له وارث ولكنه أوصى بجميع ماله لرجل فالثلث للموصى له والباقي للاخ المقر به لانه وارث في زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له بالمال مولى الموالاة أيضاً فللموصى له الثلث والباقي للمولى ولا شئ للمقر له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية لكنها تمنع صحة الاقرار بالمذكور لما بينا وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى العتاقة لان مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة آخر الورثة مؤخر عن ذوى الارحام فاضعف الولاءين لما منع صحة الاقرار بالمذكور فاقواهما أولى ولو أقر باخ في مرض الموت وصدقه المقر له ثم أنكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني و بينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث أيضا حتى انه لو أوصى بعد الانكار بماله لانسان ثم مات ولا وارث له فالمال كله للموصى له بجميع المال لان الانكار منه رجوع والرجوع عن مثل هذا الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية في الحقيقة والرجوع عن الوصية صحيح ولو أنكر وليس هناك موصى له بالمال أصلا فالمال لبيت المال لبطلان الاقرار أصلا بالرجوع والله تعالى أعلم وأما الاقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين أحدهما في حق ثبات النسب والثاني في حق الميراث أما الاول فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان أكثر من واحد بان مات رجل وترك ابناً فاقر باخ هل يثبت نسبه من الميت اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار وارث واحد وقال أبو يوسف يثبت و به أخذ

الكرخي رحمه الله وان كان أكثر من واحد بان كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعدا يثبت النسب باقرارهم بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان اقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الاقرار بالاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين او رجل وامرأتين في النسب مقبولة واما في حق الميراث فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح و يصدق في حق الميراث بان أقر الابن المعروف باخ وحكمه انه يشاركه فيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب واستحقاق المال والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في الحقيقة أو شهادة والاقرار باستحقاق المال اقرار على نفسه وانه مقبول ومثل هذا جائز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا بجهة غير مقبول بجهة أخرى كمن اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان أعتقه قبل البيع يقبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البائع فعلى ذلك ههنا جاز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو أقر الابن المعروف باخت أخذت ثلث ما في يده لان اقراره قد صح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو أقر بامرأة انها زوجة أبيه فلها ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم الميت فلها سدس ما في يده والاصل ان المقر فيما في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النسب ولو أقر ابن الميت بابن ابن للميت وصدقه لكن أنكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما نصفان استحسانا والقياس ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم يقم البينة على النسب (وجه) القياس انهما تصادقا على اثبات وراثة المقر له واختلفا في وراثة المقر فيثبت المتفق عليه و يقف المختلف فيه على قيام الدليل (وجه) الاستحسان ان المقر له انما استفاد الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثة المقر له وكذلك لو أقر بابنة للميت وصدقته لكنها أنكرت ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر استحسانا لما قلنا ولو أقرت امرأة باخ للزوج الميت وصدقها الاخ ولكنه أنكر ان تكون هي امرأة الميت فالقول قول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله تعالى وهو القياس وعلى المرأة اثبات الزوجية بالبينة وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول المرأة والمال بينهما على قدر مواريثهما ولو أقر زوج المرأة الميتة باخ لها وصدقه الاخ لكنه أنكر ان يكون هو زوجها فهو على الاختلاف (وجه) قول أبي يوسف قياس هذه المسألة على المسألة الاولى بالمعنى الجامع الذي ذكرناه في المسألة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين المسألتين (ووجهه) ان النكاح ينقطع بالموت والاقرار بسبب منقطع لا يسمع الا ببينة بخلاف النسب ولو ترك ابنين فاقر أحدهما باخ ثالث فان صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركهما في الميراث كما اذا أقرا جميعا لما بينا وان كذبه فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين أولا نصفين فيدفع النصف الى الاخ المنكر واما النصف الآخر فيقسم بين الاخ المقر و بين المقر له نصفين عند عامة العلماء وعند ابن أبي ليلى أثلاثا ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له (وجه) قول ابن أبي ليلى ان من زعم المقر ان المال بين الاخوة الثلاثة ثلاثا وان ثلث المقر له نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوع الا ان اقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك (ولنا) ان من زعم المقر ان حق المقر بنسبه في الميراث حقه وان المنكر فيما يأخذ من الزيادة وهو النصف التام ظالم فيجعل ما في يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية لكل واحد منهما ربع المال ولو أقر أحدهما باخت فان صدقه الآخر فالامر ظاهر وان كذبه فيقسم المال أولا نصفين بين الاخوين النصف للاخ المنكر ثم يقسم النصف الباقي بين الاخ المقر وأخته للذكر مثل حظ الانثيين ولو أقر أحدهما لامرأة انها زوجة أبينا فان صدقه الآخر فالامر واضح للمرأة الثمن والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة لا تستقيم عليها فتصحح المسألة فتضرب سهمين في ثمانية فتصير ستة عشر لها ثمنها والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها تسع ما في يده عند عامة العلماء رضي الله عنهم وعند ابن أبي ليلى رحمه الله لها ثمن ما في يده (وجه) قوله في ان زعم المقر ان

للمرأة ثمن ما فى يدى الاخوين الا أن اقراره صح فيما فى يد نفسه ولم يصح فى حق صاحبه واذا صح فى حق نفسه يعطيها ثمن ما فى يده (وجه) قول العامة ان فى زعم المقر ان ثمن التركة لها وسبعة أثمانها لهما بينهما على السوية أصل المسئلة وقسمتها ماذكرنا الا أن الاخ المنكر فيما يأخذ من الزيادة ظالم فيجعل ما فى يده كالهالك و يقسم النصف الذى فى يد المقر بينه و بينها على قدر حقهما و يجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة على تسعة أسهم سهمان من ذلك لها وسبعة أسهم له واذا جعل هذا النصف على تسعة صار كل المال على ثمانية عشر تسعة منها للاخ المنكر وسهمان للمرأة وسبعة أسهم للاخ المقر هذا اذا أقر الوارث بوارث واحد فاما اذا أقر بوارث بعد وارث بان أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر فالاصل فى هذا الاقرار انه ان صدق المقر بوراثة الاول فى اقراره بالوراثة للثانى فالمال بينهم على فرائض الله تعالى وان كذبه فيه فان كان المقر دفع نصيب الاول اليه بقضاء القاضى لا يضمن و يجعل ذلك كالهالك و يقسمان على ما فى يد المقر على قدر حقهما وان كان الدفع بغير قضاء القاضى يضمن و يجعل المدفوع كالقائم فى يده فيعطى الثانى حقه من كل المال بيان هذه الجملة فيمن هلك وترك ابنا فأقر بأخ له من أبيه وأمه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا ان اقراره بالاخوة صحيح فى حق الميراث فان أقر بأخ آخر فهذا على وجهين اما ان أقر به بعد ما دفع الى الاول واما ان أقر قبل أن يدفع الى الاول نصيبه فان أقر به بعد ما دفع الى الال نصيبه فان كان الدفع بقضاء القاضى فللثانى ربع المال و يبقى فى يد المقر الربع لان الربع فى القضاء فى حكم الهالك لكونه مجبورا فى الدفع فيكون الباقى بينهما نصفان لان فى زعم المقر أن الثانى يساويه فى استحقاق الميراث فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل وكذلك اذا كان لم يدفع الى الاول شيأ لان نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصروف وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى أعطى الثانى ثلث جميع المال لما ذكرنا ان الدفع بغير قضاء مضمون عليه والمضمون كالقائم فيدفع ثلث جميع المال اليه و يبقى فى يده الثلث فان دفع ثلث المال الى الثانى بعد قضاء القاضى ثم أقر بأخ ثالث وكذبه الثالث فى الاقرار بالاولين أخذ الثالث من الابن المعروف ربع جميع المال لان كل المال قائم معنى لأن الدفع بغير القضاء مضمون على الدافع فيأخذ السدس الذى فى يد المقر و نصف سدس آخر لان الدفع الى الاولين من غير قضاء القاضى لم يصح فى حق الثالث فيضمن له قدر نصف سدس فيدفعه مع السدس الذى فى يده اليه وعلى هذا اذا ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثم أقر بأخ آخر فان صدقه الابن المعروف اشتركوا فى الميراث وان كذبه فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف المال بينهم أثلاث لان اقراره بالوراثة فى حقه وفى حق المقر بوراثته الاول صحيح لكنه لم يصح فى حق الابن المعروف وكان النصف للابن المعروف والنصف الباقى بينهم أثلاثا وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما فى يده وهو ربع جميع المال اليه بقضاء القاضى كان الباقى بينه و بين الثانى نصفين لان الدفع بقضاء القاضى فى حكم الهالك فكان الباقى بينهما نصفين لكل واحد ثمن المال وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى فان كان المقر يعطى الثانى مما فى يده وهو ربع المال سدس جميع المال لان الدفع بغير قضاء مضمون على الدافع فيكون ذلك الربع كالقائم ولو أقر أحدهما بأخت ودفع اليها نصيبها ثم أقر بأخت أخرى وكذبه الاخ فان صدقته الاخت الاولى فنصف المال للاخ المنكر والنصف بين الاخ المقر و بين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبته فان كان دفع اليها نصيبها وهو ثلث النصف وذلك سدس الكل بقضاء فالباقى بين المقر و بين الاخت الاخرى للذكر مثل حظ الانثيين لما مر ان المدفوع بغير قضاء فى حكم الهالك فلا يكون مضمونا على الدافع وان كان الدفع بغير قضاء فان المقر يعطى للاخت الاخرى مما فى يده نصف ربع جميع المال لان الدفع بغير القضاء اتلاف فصار كأنه قائم فى يده وقد أقر باختين ولو كان كذلك يكون لهما ربع جميع المال لكل واحدة الثمن كذلك ههنا يعطى الاخت الاخرى مما فى يده نصف ربع جميع المال والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقر أحدهما بامرأة لابيه ثم أقر بأخرى فان أقر بهما معاً فذلك التسعان لهما جميعا وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف بالقلة والكثرة وان أقر بالاولى ودفع اليها ثم

بالاخرى فان صدقته الاولى فكذلك الجواب وان كذبته فالنصف للاخ المنكر وتسعان للاولى فبقى هناك الابن المعروف والمرأة الاخرى فينظر ان كان دفع التسعين الى الاولى بالقضاء يجعل ذلك كالهالك ويجعل كان لم يكن له مال سوى الباقى وهو سبعة أسهم فيكون ذلك بين الابن المقر و بين المرأة الاخرى على ثمانية أسهم ثمن من ذلك للمرأة وسبعة للابن المقر وان كان دفع اليها بغير قضاء يعطى من التسعة التى هى عنده سهما للمرأة الاخرى وهو سبع نصف جميع المال لان المدفوع كالقائم عنده ولو كان نصف المال عنده قائما يعطى الاخرى التسع وذلك سهم لان المقر به ثمن المال للمرأتين جميعاً والثمن هو تسعان تسع للاولى وتسع للاخرى الا أن الاولى ظلمت حيث أخذت زيادة سهم وذلك الظلم حصل على الاخ المقر لانه هو الذى دفع بغير قضاء القاضى فيدفع التسع الثانى الى الاخرى وهو سبع نصف المال والباقى للابن وهو ستة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو مات رجل وترك ابناً معروفا والف درهم فى يده فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فدفع الى الغريم ذلك ثم ادعى رجل آخر على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فان كان دفع الى الاول بقضاء لم يضمن للثانى شيأ لانه فى الدفع مجبور فكان فى حكم الهالك وان كان بغير قضاء يضمن للثانى نصف المال لانه مختار فى الدفع فكان اتلافا فيضمن كما اذا أقر لهما ثم دفع الى أحدهما ولو مات وترك ألف درهم فاقر باخ ثم رجع وقال لست باخ لى وانما أخى هذا الرجل الآخر وصدقه الآخر بذلك وكذبه فى الاقرار الاول فان كان دفع النصف الى الاول بقضاء يشاركه الثانى فيما فى يده فيقتسمان نصفين لما بينا ان الدفع بقضاء فى حكم الهلاك وان كان بغير قضاء يدفع جميع مافى يده وهو نصف المال الى الآخر لما بينا ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث ودفع اليه بقضاء أو بغير قضاء وادعى رجل آخر على الميت دينا ألف درهم وكذبه الوارث وصدقه الغريم الاول وأنكر الغريم الثانى دين الغريم الاول لم يلتفت الى انكاره و يقتسمان الالف بينهما نصفين لان استحقاق الغريم الثانى انما يثبت باقرار الغريم الاول وهو يصدقه وهو ما أقر له الا بالنصف وكذلك لو أقر الغريم الثانى لغريم ثالث فان الغريم الثالث يأخذ نصف مافى يده لما قلنا ولو مات وترك الفا فى يد رجل فقال الرجل أنا أخوه لابيه وأمه وأنت أخوه لابيه وأمه وأنكر المقر به أن يكون المقر أخاله فالقول قول المقر استحسانا على ما بينا ولو قال المقر للمقر به أنا وأنت أخواه لابيه وأمه ولى عليه ألف درهم دين وأنكر المقر به الدين فالمال بينهما نصفان لان دعوى الدين دعوى أمر عارض مانع من الارث فلا يثبت الا بحجة ولو مات وترك ابناً والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه ثم ادعى رجل آخر ان الميت أوصى له بثلث ماله أو ادعى انه ابن الميت وصدقهما بذلك الابن المعروف وكذباه فيما أقر فان كان دفع بغير قضاء فلا ضمان على الدافع لان الارث والوصية مؤخران عن الدين فاقراره لم يصح فى حق ثبات النسب وانما يصح فى حق الميراث ولم يوجد الميراث ولو أقر لهما أول مرة ودفع اليهما ثم أقر للغريم كان للغريم أن يضمنه مادفع الى الاولين لان الدين مقدم فاذا دفع بغير قضاء فقد أتلف على الغريم حقه وان كان الدفع بقضاء لاضمان عليه لما بينا ولو ثبت الوصية أو الميراث بالبينة بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر الغريم بدينه فلا ضمان عليه للغريم فيما دفعه الى الوارث والموصى له لانه لما قامت البينة على الميراث أو الوصية فقد ظهر انه وارث معروف أو موصى له فالاقرار بالدين لا يوجب بطلان حقهما ولو لم يكن دفع اليه لا يجوز له أن يدفع الى الغريم و يجبره القاضى على الدفع الى الوارث والموصى له لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق الاقرار بعد وجوده يبطل بشيئين أحدهما تكذيب المقر له فى أحد نوعى الاقرار وهو الاقرار بحقوق العباد لان اقرار المقر دليل لزوم المقر به وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم واللزوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك والثانى رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع فى أحد نوعى الاقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصا كحد الزنا لانه يحتمل أن يكون صادقا فى الانكار فيكون كاذبا

فى الاقرار ضرورة فيورث شبهة فى وجوب الحد وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لما قلنا وروى ان ماعزا لما رجم بعض الحجارة هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة فلما بلغ ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام سبحان الله هلا خليتم سبيله ولهذا يستحب للامام تلقين المقر الرجوع بقوله لعلك لمستها أو قبلتها كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا وكما لقن عليه الصلاة والسلام السارق والسارقة بقوله عليه الصلاة والسلام ما أخاله سرق أو أسرقت قولى لا ولو لم يكن محتملا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفائدة فكان التلقين منه عليه أفضل التحية والتسليم احتيالا للدرء لانه أمرنا به بقوله عليه أفضل التحية ادرؤا الحدود بالشبهات وقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لان الحد الواجب بهما حق الله سبحانه وتعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما الا أن فى السرقة يصح الرجوع فى حق القطع لا فى حق المال لان القطع حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص فيصح الرجوع عنه فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لان للعبد فيه حقا فيكون متهما فى الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد وكذلك الرجوع عن الاقرار بالقصاص لان القصاص خالص حق العباد فلا يحتمل الرجوع والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الجنايات ﴾

الجناية فى الاصل نوعان جناية على البهائم والجمادات وجناية على الآدمى (أما) الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضا غصب واتلاف وقد ذكرنا كل واحد منهما فى كتاب الغصب وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجناية على الآدمى خاصة فنقول وبالله تعالى التوفيق الجناية على الآدمى فى الاصل أنواع ثلاثة جناية على النفس مطلقا وجناية على ما دون النفس مطلقا وجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه (أما) الجناية على النفس مطلقا فهى قتل المولود والكلام فى القتل فى مواضع فى بيان أنواع القتل وفى بيان صفة كل نوع وفى بيان حكم كل نوع منه (أما) الاول فالقتل أربعة أنواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العدم وقتل هو فى معنى القتل الخطأ (اما) الذى هو عمد محض فهو ان يقصد القتل بحديد له حد او طعن كالسيف والسكين والرمح والاشفا والابرة وما اشبه ذلك او ما يعمل عمل هذه الاشياء فى الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروة والرمح الذى لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذه من النحاس وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمر ونحو ذلك عمد فى ظاهر الرواية (وروى) الطحاوى عن أبى حنيفة رضى الله عنهم انه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديدا كان أو غيره وكذلك اذ كان فى معنى الحديد كالصفر والنحاس والآنك والرصاص والذهب والفضة فحكمه حكم الحديد وأما شبه العمد فثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو ان يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال فى الضربات وأما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط الصغير ويوالى فى الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعى رحمه الله هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما والشافعى هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فما كان شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما دون النفس لان ما دون النفس لا يقصد اتلافه بآلة دون آلة عادة فاستوت الآلات كلها فى الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا

محضا فينظر ان أمكن ايجاب القصاص يجب القصاص وان لم يمكن يجب الارش وأما القتل الخطأ فالخطأ قد يكون في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل أما الاول فنحو ان يقصد صيداً فيصيب آدمياً وان يقصد رجلا فيصيب غيره فان قصد عضوا من رجل فاصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطا وأما الثاني فنحو ان يرمي الى انسان على ظن انه حربي أو مرتد فاذا هو مسلم وأما الذي هو في معنى الخطا فنذكر حكمه وصفته بعد هذا ان شاء الله تعالى فهذه صفات هذه الانواع وأما بيان أحكامها فوقوع القتل باحدى هذه الصفات لا يخلوا اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيل لا يعلم قاتله فان علم ذلك أما القتل العمد المحض فيتعلق به أحكام منها وجوب القصاص والكلام في القصاص في مواضع في بيان شرائط وجوب القصاص وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص وفي بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه وفي بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه (أما) الاول فلوجوب القصاص شرائط بعضها يرجع الى القاتل وبعضها يرجع الى المقتول وبعضها يرجع الى نفس القتل وبعضها يرجع الى ولي القتيل أما الذي يرجع الى القاتل فخمسة أحدها ان يكون عاقلا والثاني ان يكون بالغا فان كان مجنوناً أو صبياً لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة لانها لا تجب الا بالجناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم تجب عليهما الحدود وأما ذكورة القاتل وحريته واسلامه فليس من شرائط الوجوب والثالث ان يكون متعمداً في القتل قاصدا إياه فانه كان مخطئاً فلا قصاص عليه لقول النبي العمد قود أي القتل العمد يوجب القود شرط العمد لوجوب القود ولان القصاص عقوبة متناهية فيستدعي جناية متناهية والجناية لا تتناهى الا بالعمد والرابع ان يكون القتل منه عمدا محضا ليس فيه شبهة العدم لانه عليه الصلاة والسلام شرط العمد مطلقا بقول النبي العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا كمال مع شبهة العدم ولان الشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة وعلى هذا يخرج القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة بل التأديب والتهذيب فتمكنت في القصد شبهة العدم وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضي الله عنهم في الموالاة في الضربات انها لا توجب القصاص خلافا للشافعي (وجه) قوله ان الموالاة في الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التأديب عادة وأصل القصد موجود فيتمحض القتل عمداً فيوجب القصاص (ولنا) ان شبهة عدم القصد ثابتة لانه يحتمل حصول القتل بالضربة والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمدا فتبين بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جاء الاحتمال جاءت الشبهه وزيادة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رضي الله عنه في القتل بالمثقل انه لا يوجب القود خلافا لهما والشافعي رحمهم الله (وجه) قولهم ان الضرب بالمثقل مهلك عادة ألا ترى انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال السيف وقد انضم اليه أصل القصد فكان القتل الحاصل به عمدا محضاً ولابي حنيفة رحمه الله طريقان مختلفان على حسب اختلاف الروايتين عنه أحدهما ان القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له لحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجرى مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد فيتمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بحديد لا حد له لان الحديد آلة معدة للقتل قال الله تبارك وتعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمدا وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو قياس رواية الطحاوي رحمه الله هو اعتبار الجرح انه يمكن القصور في هذا القتل لوجود فساد الباطن دون الظاهر وهو نقض التركيب وفي الاستيفاء افساد الباطن والظاهر جميعاً فلا تتحقق المماثلة وعلى هذا الخلاف اذا خنق رجلا فقتله أو غرقه بالماء أو القاه من جبل أو سطح فمات انه لا قصاص فيه عند أبي حنيفة وعندهما يجب ولو طين على أحد بيتاً حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن شيئا عند أبي حنيفة وعندهما يضمن الدية (وجه) قولهما ان الطين الذي عليه تسبيب لاهلاكه لانه لا بقاء للآدمي الا بالاكل والشرب فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون

اهلاكا له فاشبه حفر البئر على قارعة الطريق ولابى حنيفة رحمه الله ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين ولا صنع لاحد فى الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسبيبا ولو أطعم غيره سما فمات فان كان تناول بنفسه فلا ضمان على الذى أطعمه لانه أكله باختياره لكنه يعزر و يضرب و يؤدب لانه ارتكب جناية ليس لها حد مقدر وهى الغرور فان أوجره السم فعليه الدية عندنا وعند الشافعى رحمه الله عليه القصاص ولو غرق انسانا فمات أو صاح على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية وعنده عليه القود والخامس ان يكون القاتل مختاراً اختيار الايثار عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر والشافعى رحمهما الله هذا ليس بشرط وعلى هذا يخرج المكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافا لهما والمسئلة مرت فى كتاب الاكراه وأما الذى يرجع الى المقتول فثلاثة أنواع أحدها ان لا يكون جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك الجد اب الاب أو أب الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها أو أم الام أو أم الاب اذا قتلت ولد ولدها والاصل فيه ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد والولد يتناول كل والد وان علا وكل ولد وان سفل ولو كان فى ورثة المقتول ولد القاتل أو ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد فى نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقين لانه لا يتجزأ وتجب الدية للكل و يقتل الولد بالوالد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبقى الولد داخلا تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة الحياة بالزجر والردع والحاجة الى الزجر فى جانب الولد لا فى جانب الوالد لان الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه بوصول النفع اليه من جهته أو يحبه لحياة الذكر لما يحيى به ذكره وفيه أيضا زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله فاما الولد فانما يحب والده لا لوالده بل لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم تكن محبته وشفقته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما فى الاجانب ولان محبة الولد لوالده لما كانت لمنافع تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل الوصول الى أملاكه لاسيما اذا كان لا يصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل هذا يندر فى جانب الاب والثانى ان لا يكون ملك القاتل ولا له فيه شبهة الملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولانه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض لانه غير متجزئ وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك كالمكاتب اذا قتل عبدا من كسبه لان للمكاتب شبهة الملك فى أكسابه والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة ولا يقتل المولى بمدبره وأم ولده ومكاتبه لانهم مماليكه حقيقة ألا ترى انه لو قال كل مملوك لى فهو حر عتق هؤلاء الا المكاتب فانه لا يعتق الا بالنية لقصور فى الاضافة اليه بالملك لزوال ملك اليد و يقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب لعمومات النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحياة بالزجر والردع بخلاف المولى اذا قتل هؤلاء لان شفقة المولى على ماله تمنعه عن القتل عند سيحان العداوة الحامل على القتل الا نادرا فلا حاجة الى الزجر بالقصاص بخلاف العبد ولو اشترك اثنان فى قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد والآخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبى مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطئ مع العامد والاب مع الاجنبى والمولى مع الاجنبى لا قصاص عليهما عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجب القصاص على العاقل والبالغ والاجنبى الا العامد فانه لا قصاص عليه اذا شاركه الخاطئ (وجه) قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه امتنع الوجوب على أحدهما لمعنى يخصه فيجب على الآخر ولنا انه تمكنت شبهة عدم القتل فى فعل كل واحد منهما لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلا فى القتل فيكون فعل الآخر فضلا و يحتمل على القلب وهذه الشبهة ثابتة فى الشريكين الاجنبيين الا ان الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم فتحا لباب القصاص وسدا لباب العدوان لان الاجتماع ثم يكون أغلب وههنا أندر فلم يكن فى معنى مورد الشرع فلا يلحق

به وعليهما الدية لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فتجب الدية ثم مايجب على الصبي والمجنون والخاطئ تتحمله العاقلة ومايجب على البالغ والعاقل والعامد يكون في ماله لان القتل عمد لكن سقط القصاص للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب والاجنبي الدية في مالهما لان القتل عمد وفي المولى مع الاجنبي على الاجنبي نصف قيمة العبد في ماله لما قلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه أجنبي فمات لا قصاص على الاجنبي عندنا خلافا للشافعي وعلى الاجنبي نصف الدية لانه مات بجرحين أحدهما هدر والآخر معتبر وعلى هذا مسائل تأتي في موضع آخر ان شاء الله تعالى والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ورأساً ولا بالحربي المستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ماثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام لا لقصد الاقامة بل لعارض حاجة يدفعها ثم يعود الى وطنه الاصلي فكانت في عصمته شبهة العدم وروى عن أبي يوسف انه يقتل به قصاصا لقيام العصمة وقت القتل وهل يقتل المستأمن بالمستأمن ذكر في السير الكبير انه يقتل وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقتل ولا يقتل العادل بالباغي لعدم العصمة بسبب الحرب لانهم يقصدون أموالنا وأنفسنا ويستحلونها وقد قال عليه الصلاة والسلام قاتل دون نفسك وقال عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك ولا يقتل الباغي بالعادل أيضا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقتل لان المقتول معصوم مطلقا (ولنا) انه غير معصوم في زعم الباغي لانه يستحل دم العادل بتأويل وتأويله وان كان فاسداً لكن له منعة والتأويل الفاسد عند وجود المنعة ملحق بالتأويل الصحيح في حق وجوب الضمان باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانه روي عن الزهري انه قال وقعت الفتنة والصحابة متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتأويل القرآن العظيم فهو موضوع وعلى هذا يخرج ما اذا قال الرجل لآخر اقتلني فقتله انه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب القصاص (وجه) قوله ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا تحتمل الاباحة بحال ألا ترى انه يأثم بالقول فكان الامر ملحقاً بالعدم بخلاف الامر بالقطع لان عصمة الطرف تحتمل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الامر فيها ولنا انه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم لان الامر وان لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة واذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية تجب وفي رواية لا تجب وذكر القدوري رحمه الله ان هذا أصح الروايتين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وينبغي ان يكون الاصح هي الاولى لان العصمة قائمة مقام الحرمة وانما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدي فقطع لا شيء عليه بالاجماع لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وعصمة الاموال تثبت حقاله فكانت محتملة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال له اتلف مالي فاتلفه ولو قال اقتل عبدي أو اقطع يده فقتل أو قطع فلا ضمان عليه لان عبده ماله وعصمة ماله ثبتت حقاله فجاز ان يسقط باذنه كما في سائر أمواله ولو قال اقتل أخي فقتله وهو وارثه القياس ان يجب القصاص وهو قول زفر رحمه الله وقال أبو حنيفة رضي الله عنه أستحسن ان آخذ الدية من القاتل (وجه) القياس ان الاخ الآمر أجنبي عن دم أخيه فلا يصح اذنه بالقتل فالتحق بالعدم (وجه) الاستحسان ان القصاص لو وجب بقتل أخيه لوجب له والقتل حصل باذنه والاذن ان لم يعمل شرعا لكنه وجد حقيقة من حيث الصيغة فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب المال وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما فيمن أمر انسانا ان يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسألتين ولو أمره ان يشجه فشجه فلا شيء عليه ان لم يمت من الشجة لان الامر بالشجة كالامر بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب ويحتمل هذا ان يكون على أصل أبي حنيفة رحمه الله خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفواً عن القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون أمراً بالقتل ولما مات تبين ان الفعل وقع قتلا من حين وجوده لا شجاً وكان

القياس

القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما على أصلهما فينبغى ان لا يكون عليه شئ لان العفو عن الشجة يكون عفواً عن القتل عندهما فكذا الامر بالشجة يكون أمراً بالقتل و روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيمن أمر انسانا بان يقطع يده ففعل فمات من ذلك انه لا شئ على قاطعه و يحتمل أن يكون هذا قولهما خاصة كما قالا فيمن له القصاص فى الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فمات انه لا شئ عليه فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله فينبغى ان تجب الدية لانه لما مات تبين ان الفعل وقع قتلا والمأمور به القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص فى الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية وعلى هذا يخرج الحربى اذا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب قال الله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة فى عصمته ولانه اذا لم يهاجر الينا فهو مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً فيورث الشبهة ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين فى دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً وتجب الدية والكفارة فى التاجرين وفى الاسيرين خلاف ذكرناه فى كتاب السير ولا يشترط ان يكون المقتول مثل القاتل فى كمال الذات وهو سلامة الاعضاء ولا ان يكون مثله فى الشرف والفضيلة فيقتل سليم الاطراف بمقطوع الاطراف والاشل و يقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعاقل بالمجنون والبالغ بالصبى والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم بالذمى الذى يؤدى الجزية وتجرى عليه أحكام الاسلام وقال الشافعى رحمه الله كون المقتول مثل القاتل فى شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمى ولا الحر بالعبد ولا خلاف فى أن الذمى اذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل انه يقتل به قصاصا وكذا العبد اذا قتل عبداً ثم عتق القاتل احتج فى عدم قتل المسلم بالذمى بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقتل مؤمن بكافر وهذا نص فى الباب ولان فى عصمته شبهة العدم لثبوتها مع القيام المنافى وهو الكفر لانه مبيح فى الاصل لكونه جناية متناهية فيوجب عقوبة متناهية وهو القتل لكونه من أعظم العقوبات الدنيوية الا أنه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة ولهذا لا يقتل المسلم بالمستأمن فكذا الذمى ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة بين المسلم والكافر ألا ترى أن المسلم مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقاء فانى يتساويان (ولنا) عمومات القصاص من نحو قوله تبارك وتعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله سبحانه وتعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله جلت عظمته ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا من غير فصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل وقوله سبحانه وتعالى عز من قائل ولكم فى القصاص حياة وتحقيق معنى الحياة فى قتل المسلم بالذمى أبلغ منه فى قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب ويجب عليه قتله لغرمائه فكانت الحاجة الى الزاجر أمس فكان فى شرع القصاص فيه فى تحقيق معنى الحياة أبلغ وروى محمد بن الحسن رحمهما الله باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أقاد مؤمنا بكافر وقال عليه الصلاة والسلام أنا أحق من وفى ذمته وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده عطف قوله ولا ذو عهد فى عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول أو نحمله على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قوله فى عصمته شبهة العدم ممنوع بل دمه حرام لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله الكفر مبيح على الاطلاق ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون مبيحا وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا المساواة فى الدين ليس بشرط ألا ترى أن الذمى اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصاً ولا

مساواة بينهما فى الدين لكن القصاص محنة امتحنوا الخلق بذلك فكل من كان أقبل بحق الله تعالى واشكر لنعمه كان أولى بهذه المحنة لان العذر له فى ارتكاب المحذور أقل وهو بالوفاء بعهد الله تعالى أولى ونعم الله تعالى فى حقه أكمل فكانت جنايته أعظم واحتج فى قتل الحر بالعبد بقول الله تبارك وتعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وفسر القصاص المكتوب فى صدر الآية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب أن لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً ولانه لا مساواة بين النفسين فى العصمة لوجهين أحدهما أن الحر آدمي من كل وجه والعبد آدمى من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له وعصمة المال تكون لمالك والثانى أن فى عصمة العبد شبهة العدم لان الرق أثر الكفر والكفر مبيح فى الاصل فكان فى عصمته شبهة العدم وعصمة الحر تثبت مطلقة فانى يستويان فى العصمة وكذا لا مساواة بينهما فى الفضيلة والكمال لان الرق يشعر بالذل والنقصان والحرية تنبئ عن العزة والشرف (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد ولان ماشرع له القصاص وهو الحياة لا يحصل الا بايجاب القصاص على الحر بقتل العبد لان حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفا على نفسه فلو لم يجب القصاص بين الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل يقدمه عليه عند أسباب حاملة على القتل من الغيظ المفرط ونحو ذلك فلا يحصل معنى الحياة ولا حجة له فى الآية لان فيها أن قتل الحر بالحر والعبد بالعبد قصاص وهذا لا ينفى أن يكون قتل الحر بالعبد قصاصا الا ان التنصيص لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ثم البكر اذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث فدل أنه ليس فى ذكر شكل بشكل تخصيص الحكم به يدل عليه أن العبد يقتل بالحر والانثى بالذكر ولو كان التنصيص على الحكم فى نوع موجبا تخصيص الحكم به لما قتل ثم قوله تعالى والانثى بالانثى حجة عليكم لانه قاتل الانثى بالانثى مطلقا فيقتضى أن تقتل الحرة بالامة وعندكم لا تقتل فكان حجة عليكم وقوله العبد آدمى من وجه مال من وجه قلنا لا بل آدمى من كل وجه لان الآدمى اسم لشخص على هيئة مخصوصة منسوب الى سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام والعبد بهذه الصفة فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على أن نفس العبد فى الجناية له لا لمولاه بدليل أن العبد لو أقر على نفسه بالقصاص والحد يؤخذ به ولو أقر عليه مولاه بذلك لا يؤخذ به فكان نفس العبد فى الجناية له لا للمولى كنفس الحر للحر وأما قوله الحر أفضل من العبد فنعم لكن التفاوت فى الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص ألا ترى أن العبد لو قتل عبداً ثم أعتق القاتل يقتل به قصاصا وان استفاد فضل الحرية وكذا الذكر يقتل بالانثى وان كان الذكر أفضل من الانثى وكذا لا تشترط المماثلة فى العدد فى القصاص فى النفس وانما تشترط فى الفعل بمقابلة الفعل زجرا وفى الفائت بالفعل جبرا حتى لو قتل جماعة واحدا يقتلون به قصاصا وان لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة فى الفعل والفائت به زجرا وجبرا على ما نذكره ان شاء الله تعالى وأحق ما يجعل فيه القصاص اذا قتل الجماعة الواحد لان القتل لا يوجد عادة الا على سبيل التعاون والاجتماع فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص اذ كل من رام قتل غيره استعان بغير يضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تفويت ماشرع له القصاص وهو الحياة هذا اذا كان القتل على الاجتماع فأما اذا كان على التعاقب بأن شق رجل بطنه ثم حز آخر رقبته فالقصاص على الحاز ان كان عمداً وان كان خطأ فالدية على عاقلته لانه هو القاتل لا الشاق ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يخاط بطنه ولا يحتمل أن يعيش بعد حز رقبته عادة وعلى الشاق ارش الشق وهو ثلث الدية لانه جائفة وان كان الشق نفذ من الجانب الآخر فعليه ثلثا الدية فى سنتين فى كل سنة ثلث الدية لانهما جائفتان هذا اذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوما أو بعض يوم فأما اذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الا غمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق لانه القاتل ولا ضمان على الحاز لانه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزر لارتكابه جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعيش

معها عادة ثم جرحه آخر جراحة أخرى فالقصاص على الاول لانه القاتل لاتيانه بفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة فان كانت الجراحتان معا فالقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فالقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحات لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب مع القود شئ من المال عندنا وقال الشافعى رحمه الله ينظر أن قتلهم على التعاقب يقتل بالاول قصاصا وتؤخذ ديات الباقين من تركته وان قتلهم معا فله فيه قولان فى قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل وتجب الدية للباقين وفى قول يجتمع أولياء القتلى فيقتلونه وتقسم ديات الباقين بينهم (وجه) قوله أن المماثلة مشروطة فى باب القصاص ولا مماثلة بين الواحد والجماعة فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء به فيقتل الواحد بالواحد وتجب الديات للباقين كما لو قطع واحد يمينى رجلين انه لا يقطع بهما اكتفاء بل يقطع باحداهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا كذا هذا وكان ينبغى أن لا يقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا انا عرفناه ذلك باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم غير معقول أو معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع فتقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده بل يندر فلم يكن فى معنى ماورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء فى القتل مقدور الاستيفاء لهم فلو أوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم أن التماثل فى باب القصاص اما ان يراعى فى الفعل زجرا واما ان يراعى فى الفائت بالفعل جبرا واما ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجود ههنا أما فى الفعل زجرا فلان الموجود من الواحد فى حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر فى فوات الحياة عادة والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله فكان الجزاء مثل الجناية وأما فى الفائت جبرا فلانه بقتله الجماعة ظلما انعقد سبب هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلبا للثار وتشفيا للصدر فيقصدهو قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع المحاربة بين القبيلتين ومتى قتل منهم قصاصا سكنت الفتنة واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحياة لكل قتيل معنى ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كان القاتل دخر حياة كل قتيل تقديرا بدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما فى قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد من غير تفاوت وأما الذى يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة فان كان تسبيبا لا يجب القصاص لان القتل تسبيبا لا يساوى القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ومات أنه لا قصاص على الحافر لان الحفر قتل سببا لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه أوجاء المشهود بقتله حيا أنه لا قصاص عليهم عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (وجه) قوله أن شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود لان شهادتهم مؤثرة فى ظهور القصاص والظهور مؤثر فى وجوب القضاء على القاضى وقضاء القاضى مؤثر فى ولاية الاستيفاء وولاية الاستيفاء مؤثرة فى الاستيفاء طبعا وعادة فكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافة الى الشهادة السابقة فكانت شهادتهم قتلا تسبيبا والقتل تسبيبا مثل القتل مباشرة فى حق وجوب القصاص كالاكراه على القتل أنه يوجب القصاص على المكره وان لم يكن قتلا بطريق المباشرة لوقوعه قتلا بطريق التسبيب كذا هذا (ولنا) ماذكرنا أن القتل تسبيبا لا يساوى القتل مباشرة لان القتل تسبيبا قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة بخلاف الاكراه على القتل لانه قتل مباشرة لانه يجعل المكره آلة المكره كانه أخذه وضرب به على المكره على قتله والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة فكان قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود القتل منهم وهل يرجعون بها على الولى اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يرجعون وعندهما يرجعون لهما أن الشهود باداء الضمان قاموا مقام المقتول فى ملك بدله ان لم يقوموا مقامه فى ملك

عينه فاشبه غاصب المدبر اذا غصب منه فمات في يد الغاصب الثاني أن للاول أن يرجع على الثاني بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله أن الدية بدل النفس ونفس الحر لا يحتمل التملك فلا يثبت الملك لهم في البدل بخلاف المدبر لانه يحتمل للتملك لكونه قاتلا الا أنه امتنع ثبوت الملك فيه لمعارض وهو التدبير فيثبت في بدله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يرجع الى ولي القتيل فواحد أيضا وهو أن يكون الولي معلوما فان كان مجهولا لا يجب القصاص لان وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الايجاب له وعلى هذا يخرج ما اذا قتل المكاتب وترك وفاء وورثة أحرارا غير المولى أنه لا قصاص على القاتل بالاجماع لان المولى مشتبه يحتمل أن يكون هو الوارث ويحتمل أن يكون هو المولى لاختلاف الصحابة الكرام رضي الله عنهم في موته حرا أو عبدا فان مات حرا كان وليه الوارث وان مات عبدا كان وليه المولى وموضع الاختلاف موضع التعارض والاشتباه فلم يكن الولي معلوما فامتنع الوجوب وان اجتمعا ليس لهما أن يستوفيا لان الاشتباه لا يزول بالاجتماع هذا اذا ترك وفاء وورثة غير المولى فاما اذا ترك وفاء ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف أصحابنا فيه عندهما يجب القصاص للمولى وعند محمد لا يجب القصاص أصلا وهو رواية عن أبي يوسف أيضا وجه قول محمد انه وقع الاشتباه في سبب ثبوت الولاية لانه ان مات حرا كان سبب ثبوت الولاية القرابة فلا تثبت الولاية للمولى وان مات عبدا كان السبب هو الملك فتثبت الولاية للمولى فوقع الاشتباه في ثبوت الولاية فلا تثبت ولهما أن من له الحق متعين غير مشتبه لان الاشتباه موجب المزاحمة ولم يوجد ولو قتل ولم يترك وفاء وجب القصاص بالاجماع لان الولي معلوم وهو المولى لانه يموت رقيقا بلا خلاف فكان القصاص للمولى كالعبد القن اذا قتل وكذلك المدبر والمدبرة وأم الولد وولدها بمنزلة العبد القن لانهم قتلوا على ملك المولى فكان الولي معلوما ولو قتل عبد المكاتب فلا قصاص لان المكاتب له نوع ملك وللمولى أيضا فيه نوع ملك فاشتبه الولي فامتنع الوجوب وعلى هذا يخرج ما اذا قطع رجل يد عبد فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك انه ان كان للعبد وارث حر غير المولى فلا قصاص لاشتباه ولي القصاص لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى القطع السابق والحق عند القطع للمولى لا للورثة وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص ولو اجتمع المولى مع الوارث فلا قصاص لان الاشتباه لا يزول باجتماعهما فرق بين هذا وبين العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر قتل واجتمعا أنه يجب القصاص لان هناك لم يشتبه الولي لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حقا يشبه الملك فلم يشتبه الولي وههنا اشتبه الولي لان وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حق فصار الولي مشتبها فامتنع الوجوب وان لم يكن وارث سوى المولى فهو على الاختلاف الذي ذكرنا أن على قولهما للمولى أن يستوفي القصاص لان الحق له وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد ليس له حق الاقتصاص لاشتباه سبب الولاية لان الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك وبعد الموت له ولاية العتاقة فاشتبه سبب الولاية هذا اذا كان القطع عمدا فاما اذا كان خطأ فاعتقه ثم مات من ذلك فلا شيء على القاطع غير ارش اليد وهو نصف قيمة العبد واعتاقه اياه بمنزلة برئه في اليد لتبدل المحل حكما بالاعتاق فتنقطع آية السراية هذا اذا أعتقه المولى بعد القطع عمدا أو خطأ فمات من ذلك فاما اذا لم يعتقه ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها ثم مات من ذلك فان كان القطع عمدا فللمولى القصاص لان الحق له وقت القطع والموت جميعا فلم يشتبه الولي وان كان خطأ لا تنقطع السراية فيجب نصف القيمة دية اليد ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت لحصول ذلك في ملك المولى ولو كاتبه والمسألة بحالها فان كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى القصاص لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فان كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه لا يجب القصاص لاشتباه الولي وعليه ارش اليد لا غير ولو لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد وان كان القطع خطأ لا شيء على القاطع الا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع السراية

هذا اذا كان القطع قبل الكتابة فان كان بعدها فمات فان كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبداً وان مات عن وفاء فان كان مع المولى وارث آخر أو غيره يشاركه فى الميراث فلا قصاص لاشتباه الولى وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذى ذكرنا وان كان القطع خطأ فان مات عاجزا فالقيمة للمولى لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة لانه مات حرا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوب القصاص فهو انه واجب عيناً حتى لا يملك الولى ان يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه ولو مات القاتل أو عفا الولى سقط الموجب أصلا وهذا عندنا وللشافعى رحمه الله قولان فى قول القصاص ليس بواجب عيناً بل الواجب احد الشيئين غير عين (اما) القصاص (واما) الدية وللولى خيار التعيين ان شاء استوفى القصاص وان شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل يتعين المال واجبا فاذا عفا الولى سقط الموجب أصلا وفى قول القصاص واجب عينا لكن للولى ان يأخذ المال من غير رضا القاتل واذا عفا له ان يأخذ المال واذا مات القاتل سقط الموجب أصلا احتج بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان معناه فليتبع وليؤد الدية أوجب سبحانه وتعالى على القاتل اداء الدية الى الولى مطلقا عن شرط الرضا لان اداء الدية صيانة النفس عن الهلاك وانه واجب قال الله تعالى جل شأنه ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ولان ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب بها حقاله وحق العبد ما ينتفع به والمقتول لا ينتفع بالقصاص و ينتفع بالمال لانه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وكان ينبغى أن لا يشرع القصاص أصلا الا أنه شرع لحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضمانا زاجرا كان ينبغى أن يجمع بينهما كما فى شرب خمر الذمى الا أنه تعذر الجمع لان الدية بدل النفس وفى القصاص معنى البدلية قال الله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والباء تستعمل فى الابدال فتؤدى الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز فخير بينهما (ولنا) قوله تعالى ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى وهذا يفيد تعين القصاص موجبا و يبطل مذهب الابهام جميعاً أما الابهام فلانه أخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول عليه بأنه واجب وان كان عليه أحد حقين لا يصدق القول على أحدهما بانه أوجب (وأما) التعيين فلانه اذا وجب القصاص على الاشارة اليه بطل القول بوجوب الدية بضرورة النص لانه لا يقابل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل ولان القصاص اذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق أن يعدل من غير الحق الى بدله من غير رضا من عليه الحق كمن عليه حنطة موصوفة فاراد صاحب الحق أن يأخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك كذا هذا وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود وجه الاستدلال به على نحو وجه الاستدلال بالآية الشريفة ولان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص وهو القتل الثانى مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول و يسد مسده ومثل الشئ غيره الذى ينوب منابه و يسد مسده وأخذ المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون مثلا له فلا يصلح ضمانا للقتل العمد وكان ينبغى أن لا يجب أصلا الا ان الوجوب فى قتل الخطأ ثبت شرعا تخفيفا على الخاطئ نظراً له اظهارا لخطر الدم صيانة له عن الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقى ضماناً أصلياً فى الباب (وأما) الآية الشريفة فالمراد من قوله سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شئ هو الولى لا القاتل لانه قال الله تبارك وتعالى فمن عفى له والقاتل معفو عنه لا معفو له ولانه قال تعالى اسمه فاتباع بالمعروف فليتبع وانه أمر لمن دخل تحت كلمة فمن ومعلوم أن القاتل لا يتبع أحداً بل هو المتبع وانما المتبع هو الولى فكان هو الداخل تحت كلمة فمن فكان معنى الآية الكريمة فمن بذل له واعطى له من أخيه شئ بطريق الفضل والسهولة فليتبع بالمعروف و يجوز استعمال لفظ العفو بمعنى الفضل لغة قال الله سبحانه وتعالى و يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو أى الفضل وتقول العرب خذ ما أتاك عفواً أى فضلا ونحن به نقول انه يجوز أخذ المال من القاتل برضاه وقيل الآية

الشريفة نزلت فى الصلح عن دم العمد وقيل نزلت فى دم بين نفر يعفو أحدهم عن القاتل فللباقين ان يتبعوا بالمعروف فى نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من اخيه شئ وهو العفو عن بعض الحق ونحن به نقول أو وقع الاحتمال فى المراد بالآية فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال وقوله فى دفع الدية صيانة نفس القاتل عن الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير آثما بالامتناع لا ان يملك الولى أخذه من غير رضاه كمن أصابته مخمصة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته يجب عليه أن يشتريه دفعا للهلاك عن نفسه فان امتنع عن الشراء ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام اليه ويأخذ الثمن من غير رضاه كذا هذا وقوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال لان فيه احياؤه باكفاء ورثته احياء وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف والله تعالى اعلم

﴿فصل﴾ واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو اما ان يكون حرا واما أن يكون عبدا فان كان حرا لا يخلو اما أن يكون له وارث واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له ثم ان كان الوارث واحدا استحقه وان كان جماعة استحقوه على سبيل الشركة كالمال الموروث عنه وجه قولهما فى تمهيد هذا الاصل ان القصاص موجب الجناية وانها وردت على المقتول فكان موجبها حقاله الا انه بالموت عجز عن الاستيفاء بنفسه فتقوم الورثة مقامه بطريق الارث عنه ويكون مشتركا بينهم ولهذا تجرى فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغير ذلك كما تجرى فى المال وهذا آية الشركة ولابى حنيفة رضى الله عنه أن المقصود من القصاص هو التشفى وأنه لا يحصل للميت ويحصل للورثة فكان حقاً لهم ابتداء والدليل على أنه يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لا على سبيل الشركة انه حق لا يتجزأ والشركة فيما لا يتجزأ محال اذ الشركة المعقولة هى ان يكون البعض لهذا والبعض لذلك كشريك الارض والدار وذلك فيما لا يتبعض محال والاصل ان ما لا يتجزأ من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية الانكاح وولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسان عمدا وله وليان أحدهما غائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب انه يعيد البينة عنده وعندهما لا يعيد ولا خلاف فى ان القتل اذا كان خطأ لا يعيد وكذلك الدين بان كان لابيهما دين على انسان ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبى حنيفة لما كان القصاص حقاً ثابتاً للورثة ابتداء كان كل واحد منهما أجنبياً عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصما عن الميت فى الاثبات فتقع الحاجة الى إعادة البينة ولما كان حقاً موروثاً على فرائض الله تبارك وتعالى عندهما والورثة خلفاؤه فى استيفاء الحق يقع الاثبات للميت وكل واحد من آحاد الورثة خصم عن الميت فى حقوقه كما فى الدية والدين فيصح منه اثبات الكل للميت ثم يخلفونه كما فى المال ولو قتل انسان وله وليان وأحدهما غائب وأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم لان تحقق العفو من الغائب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص فكان القاتل مدعياً على الحاضر بطلان حقه فكان خصما له ويقضى عليه ومتى قضى عليه يصير الغائب مقضياً عليه تبعاً له والله تعالى اعلم وان لم يكن للقاتل بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصما عن غيره فى اقامة البينة اما لا ينتصب خصما عن غيره فى اليمين وعلى هذا يخرج القصاص اذا كان بين صغير وكبير ان للكبير ولاية الاستيفاء عنده وعندهما ليس له ذلك وينتظر بلوغ الصغير ووجه البناء ان عند أبى حنيفة رحمه الله لما كان القصاص حقاً ثابتاً للورثة ابتداء لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال لا ستقلال سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم وعدم تجزئه فى نفسه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقاً مشتركا بين الكل فاحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف فى محل مشترك بدون رضا شريكه اظهارا لعصمة المحل وتحرزا عن الضرر والصحيح أصل أبى حنيفة

رضى الله عنه لماذكرنا أن القصاص لا يحتمل التجزئة والشركة فى غير المتجزئ محال وانما تثبت الشركة اذا انقلب مالا لان المال محل قابل للشركة على ان أباحنيفة ان سلم أن القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا بأس بالتسليم لانه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفاء للكبير فى نصيبه بطريق الاصالة وفى نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا كالقصاص اذا كان بين انسان وابنه الصغير والجامع بينهما حاجتهما الى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه وقدرة الكبير على ذلك وكون تصرفه فى النظر والشفقة فى حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلا ولهذا يلى الاب والجد استيفاء قصاص وجب كله للصغير فهذا أولى ولابى حنيفة رحمه الله اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فانه روى انه لما جرح ابن ملجم لعنه الله سيدنا عليا كرم الله تعالى وجهه فقال للحسن رضى الله عنه ان شئت فاقتله وان شئت فاعف عنه وان تعفو خير لك فقتله سيدنا الحسن رضى الله عنه وكان فى ورثة سيدنا على رضى الله عنه صغار والاستدلال من وجهين أحدهما بقول سيدنا على رضى الله عنه والثانى بفعل سيدنا الحسن رضى الله عنه (أما) الاول فلانه خير سيدنا الحسن رضى الله عنه حيث قال ان شئت فاقتله مطلقا من غير التقييد ببلوغ الصغار (وأما) الثانى فلان الحسن رضى الله عنه قتل ابن ملجم لعنه الله ولم ينتظر بلوغ الصغار وكل ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهما أحد فيكون اجماعا وان لم يكن له وارث وكان له مولى العتاقة وهو المعتق فالمستحق للقصاص هو لان مولى العتاقة آخر العصبات ثم ان كان واحدا استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه وان كان للمقتول وارث ومولى العتاقة أيضا فلا قصاص لان الولى مشتبه لاشتباه سبب الولاية فالسبب فى حق الوارث هو القرابة وفى حق المولى الولاء وهما سببان مختلفان واشتباه الولى يمنع الوجوب للقصاص وكذلك ان لم يكن له مولى العتاقة وله مولى الموالاة لانه آخر الورثة فجاز ان يستحق القصاص كما يستحق المال وان لم يكن له وارث ولا له مولى العتاقة ولا مولى الموالاة كاللقيط وغيره فالمستحق هو السلطان فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يستحقه اذا كان المقتول فى دار الاسلام والحجج تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى وان كان المقتول عبدا فالمستحق هو المولى لان الحق قد ثبت وأقرب الناس الى العبد مولاه ثم ان كان المولى واحدا استحق كله وان كان جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق فى حق الكل وهو الملك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يلى استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه فولاية استيفاء القصاص تثبت بأسباب منها الوراثة وجملة الكلام فيه ان الوارث لا يخلو اما ان كان واحدا (واما) ان كانوا جماعة فان كان واحدا لا يخلو اما ان كان كبيرا واما ان كان صغيرا فان كان كبيرا فله ان يستوفى القصاص لقوله تبارك وتعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ولوجود سبب الولاية فى حقه على الكمال وهو الوراثة من غير مزاحمة وان كان صغيرا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال بعضهم يستوفيه القاضى وان كانوا جماعة فان كان الكل كبارا فلكل واحد منهم ولاية استيفاء القصاص حتى لو قتله أحدهم صار القصاص مستوفى لان القصاص ان كان حق الميت فكل واحد من آحاد الورثة خصم فى استيفاء حق الميت كما فى المال واذا كان حق الورثة ابتداء كما قال أبو حنيفة رحمه الله فقد وجد سبب ثبوت الحق فى حق كل واحد منهم الا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء وليس للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض لان فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له لاحتمال العفو من الغائب والى هذا أشار محمد رحمه الله فقال لا ادرى لعل الغائب عفا وكذا اذا كان الكل حضورا لا يجوز لهم ولا لاحدهم أن يوكل فى استيفاء القصاص على معنى أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا ولان فى اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم (فاما) الاستيفاء بالوكيل فجائز اذا كان الموكل حاضرا على ما ذكر وان كان فيهم صغير وكبير فان كان الكبير هو الاب بان كان القصاص مشتركا بين الاب وابنه الصغير فللاب أن يستوفى بالاجماع لانه لو كان

لم يقاصص كان للاب أن يستوفيه فههنا أولى وان كان الكبير غير الاب بأن كان أخا فالكبير أن يستوفي قبل بلوغ الصغير عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير والكلام فيه يرجع الى أصل ذكرناه بدلائله فيما تقدم ومنها الابوة فللاب والجد أن يستوفي قصاصا وجب للصغير في النفس وفيما دون النفس لان هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية الانكاح فتثبت لمن كان مختصا بكمال النظر والمصلحة في حق الصغير (وأما) الوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس بان قتل شخص عبد اليتيم لان تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور في الشفقة الباعثة عليه بخلاف الاب والجد وله أن يستوفي القصاص فيما دون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال على ماذكر وللوصي ولاية استيفاء المال (ومنها) الملك المطلق وقت القتل فللمولى أن يستوفي القصاص اذا قتل مملوكه اذ لم يكن في استيفاء القصاص ابطال حق الغير من غير رضاه لان الحق قد ثبت له وهو أقرب الناس اليه فله أن يستوفيه وكذا اذا قتل مدبره ومدبرته وأم ولده وولدها لان التدبير والاستيلاد لا يوجب زوال الملك وكذا اذا قتل المكاتب ولم يترك وفاء لانه مات رقيقا فكان ملك المولى قائما وقت القتل وذكر في المنتقى عند أبي حنيفة رضي الله عنه في معتق البعض اذا قتل عاجزا أنه لا قصاص ففرق بينه وبين المكاتب (ووجه) الفرق أن موت المكاتب عاجزا يوجب انفساخ الكتابة وجعلها كأن لم تكن فالقتل صادفه وهو قن وموت معتق البعض لا يوجب انفساخ العتاق اذ الاعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى في كله ولو قتل المكاتب وترك وفاء وورثة احرارا سوى المولى لا قصاص بالاجماع لانه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك في قيام المولى وقت القتل ولا الوارث لاحتمال أنه مات عبدا لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنه يموت حرا أو عبدا فامتنع الوجوب وان لم يكن له وارث حر غير المولى فله أن يستوفي القصاص عندهما خلافا لمحمد وقد ذكرنا المسئلة ولو قتل العبد في يد البائع قبل القبض فان اختار المشتري اجازة البيع فله ولاية الاستيفاء بالاجماع لان الملك كان له وقت القتل وقد تقرر بالاجازة فكان له أن يستوفي وان اختار فسخ البيع فللبائع أن يستوفي القصاص في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف للبائع القيمة ولا قصاص له (وجه) قوله ان الملك لم يكن ثابتا له وقت القتل وانما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب حين وجوده لم ينعقد موجبا الحكم له فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان رد البيع فسخ له من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فاذا انفسخ من الاصل تبين أن الجناية وردت على ملك البائع فيوجب القصاص له فكان له أن يستوفي وليس للمشتري ولاية الاستيفاء لهذا المعنى أن بالفسخ يظهر ان العبد وقت القتل لم يكن على ملك البائع ولو قتل العبد الذي هو بدل الصداق في يد الزوج أو بدل الخلع في يد المرأة أو بدل الصلح عن دم العمد في يدي الذي صالح عليه فذلك بمنزلة البيع لان المستحق للصداق و بدل الخلع والصلح ان اختار اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وان طالب بالقيمة فالملك في العبد قد انفسخ فيجب القصاص للآخر على ماذكرنا في البيع ولو قتل في يد المشتري وللمشتري خيار الشرط أو خيار الرؤية فالقصاص للمشتري قبض البائع الثمن أو لم يقبض لان الخيار قد سقط بموت العبد وانبرم البيع وتقرر الملك فيه للمشتري فوجب القصاص له فكان له ان يستوفي القصاص كما اذا قتل في يده ولا خيار في البيع أصلا ولو كان الخيار للبائع فان شاء اتبع القاتل فقتله قصاصا وان شاء ضمن المشتري القيمة (أما) اختيار اتباع القاتل فلان العبد وقت القتل كان ملكا له (وأما) اختيار تضمين المشتري القيمة فلانه كان مضمونا في يده بالقيمة ألا ترى لو هلك بنفسه في يده كان عليه قيمته ولا قصاص للمشتري وان هلك العبد بالضمان لان الملك ثبت له بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه و يقتصر من وجه فشبه الظهور يقتضي وجوب القصاص له وشبه الاستناد يقتضي أن لا يجب فتمكنت الشبهة في الوجوب له فلا يجب وكذا العبد المغصوب اذا قتل في يدي الغاصب واختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى برقبته لرجل و بخدمته لآخر لم ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص لان الموصى له بالخدمة

لا ملك له فى الرقبة فلا يملك الاستيفاء بنفسه والموصى له بالرقبة وان ملك الرقبة لكن فى استيفاء القصاص ابطال حق الموصى له بالخدمة لا الى بدل هو مال فلا يملك ابطال حقه عليه من غير رضاه واذا اجتمعا فللموصى له بالرقبة أن يستوفى لان المطلق للاستيفاء موجود وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فاذا رضى بسقوط حقه فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون فى يد المرتهن لم يكن لواحد منهما أن ينفرد باستيفاء القصاص (أما) المرتهن فظاهر لان ملك الرقبة لم يكن ثابتا له وقت القتل فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفاء فى حقه (وأما) الراهن فلان استيفاءه يتضمن ابطال حق المرتهن فى الدين من غير رضاه لان الرهن يصير هالكا من غير بدل لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال والقصاص لا يصلح بدلا عن المالية لانه ليس بمال فيصير الرهن هالكا من غير بدل فيسقط دينه فكان فى استيفائه القصاص ابطال حق المرتهن من غير رضاه وهذا لا يجوز ولو اجتمعا ذكر الكرخى رحمه الله ان للراهن أن يستوفى القصاص عند أبى حنيفة رحمه لان الامتناع كان لحق المرتهن وقد رضى بسقوطه وعند محمد ليس له أن يستوفى وان اجتمعا على الاستيفاء وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله أنه لا قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك فى كتاب الرهن (ومنها) الولاء اذا لم يكن لمولى الاسفل وارث لان الولاء سبب الولاية فى الجملة ألا ترى أن مولى العتاقة يزوج بالاجماع لانه آخر العصبات ومولى الموالاة يزوج على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه لانه آخر الورثة فان كان له وارث فلا قصاص لاشتباه الولى فلا يتصور الاستيفاء (ومنها) السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء كاللقيط ونحوه اذا قتل وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ليس للسلطان أن يستوفى اذا كان المقتول من أهل دار الاسلام وله أن يأخذ الدية وان كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفى القصاص وله أن يأخذ الدية (وجه) قوله ان المقتول فى دار الاسلام لا يخلو عن ولى له عادة الا أنه ربما لا يعرف وقيام ولاية الولى تمنع ولاية السلطان وبهذا لا يملك العفو بخلاف الحربى اذا دخل دار الاسلام فاسلم أن الظاهر ان لا ولى له فى دار الاسلام ولهما أن الكلام فى قتيل لم يعرف له ولى عند الناس فكان وليه السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وقد روى أنه لما قتل سيدنا عمر رضى الله عنه خرج الهرمزان والخنجر فى يده فظن عبيد الله أن هذا الذى قتل سيدنا عمر رضى الله عنه فقتله فرفع ذلك الى سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال سيدنا على رضى الله عنه لسيدنا عثمان اقتل عبيد الله فامتنع سيدنا عثمان رضى الله عنه وقال كيف أقتل رجلا قتل أبوه أمس لا أفعل ولكن هذا رجل من أهل الارض وانا وليه أعفو عنه وأؤدى ديته وأراد بقوله أعفو عنه وأؤدى ديته الصلح على الدية وللامام أن يصالح على الدية الا أنه لا يملك العفو لان القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثه لهم وانما الامام نائب عنهم فى الاقامة وفى العفو اسقاط حقهم أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الاب والجد وان كانا يملكان استيفاء القصاص وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان رضى الله عنه والله تعالى الموفق بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء فالقصاص لا يستوفى الا بالسيف عندنا وقال الشافعى رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فان مات والا تحز رقبته حتى لو قطع يد رجل عمدا فمات من ذلك فان الولى يقتله وليس له أن يقطع يده عندنا وعنده تقطع يده فان مات فى المدة التى مات الاول فيها والا تحز رقبته (وجه) قوله أن مبنى القصاص على المماثلة فى الفعل لانه جزاء الفعل فيشترط أن يكون مثل الفعل الاول وذلك فيما قلنا وهو أن يفعل به مثل ما فعل هو والموجود منه القطع فيجب أن يجازى بالقطع والظاهر فى القطع عدم السراية فان اتفقت السراية والا تحز رقبته ويكون الحز تتميما للفعل الاول لا جزاء مبتدأ (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف والقود هو القصاص والقصاص هو الاستيفاء فكان هذا نفى استيفاء القصاص بالسيف ولان القطع اذا اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلا من حين وجوده فلا يجازى الا بالقتل فلو قطع ثم احتيج الى الحز كان ذلك جمعا بين القتل والحز فلم

يكن مجازاة بالمثل وقوله الحز يقع تتمها للقطع فاسد لان المتمم للشئ من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان أراد الولى أن يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزر لكن لا ضمان عليه و يصير مستوفيا باى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو بالحجر أو ألقاه من السطح او ألقاه فى البئر أو ساق عليه دابة حتى مات ونحو ذلك لان القتل حقه فاذا قتله فقد استوفى حقه بأى طريق كان الا أنه يأثم بالاستيفاء لا بطريق مشروع لمجاوزته حد الشرع وله أن يقتل بنفسه و بنائبه بان يامر غيره بالقتل لان كل أحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه اما لضعف بدنه أو لضعف قلبه أو لقلة هدايته اليه فيحتاج الى الانابة الا أنه لا بد من حضوره عند الاستيفاء لما ذكرنا فيما تقدم ثم اذا قتله المأمور والآمر حاضر صار مستوفيا ولا ضمان عليه فاما اذا قتله والآمر غير حاضر وأنكر ولى هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولى لان القتل عمدا سبب لوجوب القصاص فى الاصل فلو خرج من أن يكون سببا انما يخرج بالامر وقد كذبه ولى هذا القتيل فى الامر وتصديق ولى القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لفوات محله فصار أجنبيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر فبقى القتل العمد موجبا للقصاص ولو حفر بئرا فى دار انسان فوقع فيها انسان ومات فادعى ولى القتيل الدية فقال الحافر حفرته باذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار فى ذلك فلا ضمان على الحافر و يعتبر تصديقه لانه صدقه فى فعل يملك انشاء الامر به للحال وهو الحفر فى ملكه فلم يكن هذا تصديقا بعد فوات المحل فاعتبر بخلاف الاول والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بآفة سماوية لانه لا يتصور بقاء الشئ فى غير محله واذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا لان القصاص هو الواجب عينا عندنا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وعلى قوله الآخر تجب الدية وقد بينا فساده فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص بان قتل انسانا فقتل به قصاصا يسقط القصاص ولا يجب المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب فيما دون النفس اذا فات ذلك العضو بآفة سماوية أو قطع بغير حق يسقط القصاص من غير مال عندنا لما قلنا وان قطع بحق بان قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال انسان فقطع يسقط القصاص أيضا لفوات محله لكن يجب ارش اليد فيقع الفرق فى موضعين أحدهما بين القتل والقطع بحق والثانى بين القطع بغير حق و بين القطع بحق والفرق انه اذا قطع طرفه بحق فقد قضى به حقا واجبا عليه فجعل كالقائم وجعل صاحبه ممسكا له تقديرا كانه أمسكه حقيقة وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطا ونحو ذلك وهناك يجب الارش كذا هذا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم يقض حقا واجبا عليه وفى القتل ان قضى حقا واجبا عليه لكن لا يملك ان يجعل ممسكا للنفس بعد موته تقديرا لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله تعالى أعلم ومنها العفو والكلام فيه فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان ركنه والثانى فى بيان شرائط الركن والثالث فى بيان حكمه أما ركنه فهو أن يقول العافى عفوت أو أسقطت أو أبرأت أو وهبت وما يجرى هذا المجرى وأما الشرائط فمنها ان يكون العفو من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط الحق ولا حق محال فلا يصح العفو من الاجنبى لعدم الحق ولا من الاب والجد فى قصاص وجب للصغير لان الحق للصغير لا لهما وانما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ولان ولايتهما مقيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لانه اسقاط الحق أصلا و رأسا فلا يملكانه ولهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية الاستيفاء على ما بينا والله تعالى أعلم ومنها ان يكون العافى عاقلا (ومنها) ان يكون بالغا فلا يصح العفو من الصبى والمجنون وان كان الحق ثابتا لهما لانه من التصرفات المضرة المحضة فلا يملكانه كالطلاق والعتاق ونحو ذلك (وأما) حكم العفو فالعفو فى الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولى واما ان يكون من المجروح فان كان من الولى لا يخلو من ان يكون منه بعد الموت أو قبل الموت بعد الجرح فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولى واحدا واما ان يكون أكثر فان كان واحدا بان كان القاتل

والمقتول واحدا فعفا عن القاتل سقط القصاص لان استيفاءه لتحقق معنى الحياة وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو لانه اذا عفا فالظاهر انه لا يطلب الثار بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء فيسقط القصاص لحصول ما شرع له استيفاؤه بدونه وهكذا قال الحسن رحمه الله فى تأويل قوله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً أى من أحياها بالعفو وقيل فى قوله تبارك وتعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ان ذلك العفو والصلح على ماقيل ان حكم التوراة القتل لاغير وحكم الانجيل العفو بغير بدل لاغير لخفف سبحانه وتعالى على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل أصلا والصلح ببدل سواء عفا عن الكل أو عن البعض لان القصاص لا يتجزأ وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما واذا سقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالا عندنا لان حق الولى فى القصاص عينا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وقد أسقطه لا الى بدل ومن له الحق اذا أسقط حقه مطلقا وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط يسقط مطلقا كالابراء عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الآخر الواجب أحدهما فاذا عفا عن القصاص انصرف الى الواجب تصحيحا لتصرفه كمن له على آخر دراهم أو دنانير ولا ينوى أحدهما بعينه فابرأه المديون عن أحدهما ليس له ان يطالبه بالآخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب عليه القصاص عند عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله تبارك وتعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم جعل جزاء المعتدى وهو القاتل بعد العفو العذاب الاليم وهو عذاب الآخرة نستجير بالله سبحانه وتعالى من هوله فلو وجب القصاص فى الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولان القصاص فى الدنيا يرفع عذاب الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام السيف محاء للذنوب وفيه نسخ الآية الشريفة (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال الا شخصاً أو حالا قيد بدليل وكذا الحكمة التى لها شرع القصاص وهو الحياة على ما بينا يقتضى الوجوب وأما الآية فقد قيل فى بعض وجوه التأويل ان العذاب الاليم ههنا هو القصاص فان القتل غاية العذاب الدنيوى فى الايلام فعلى هذا التأويل كانت الآية حجة عليهم وتحتمل هذا وتحتمل ماقالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال وان كان القصاص أكثر بان قتل رجلان واحدا فان عفا عنهما سقط القصاص أصلا لما ذكرنا وان عفا عن أحدهما سقط القصاص عنه وله أن يقتل الآخر لانه استحق على كل واحد منهما قصاصا كاملا والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر وذكر فى المنتقى عن أبى يوسف رحمه الله انه يسقط القصاص عنهما لان طريق ايجاب القصاص عليهما ان يجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد كان ليس معه غيره اذ القتل تفويت الحياة ولا يتصور تفويت حياة واحدة من كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد ويجعل قتل صاحبه عدماً فى حقه فاذا عفا عن أحدهما والعفو عن القاتل جعل فعل الآخر عدماً تقديراً فيورث شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وهذا ليس بسديد لان طريق ايجاب القصاص عليهما ليس ماذكر وليس القتل اسما لتفويت الحياة بل هو اسم لفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة وهذا حصل لكل واحد منهما على الكمال. فالعفو عن أحدهما لا يؤثر فى الآخر هذا اذا كان الولى واحدا فاما اذا كان اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل لانه سقط نصيب العافى بالعفو فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنه لا يتجزأ اذ القصاص قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخر مالا باجماع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فانه روى عن عمر وعبد الله بن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم أوجبوا فى عفو بعض الاولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر أحد عليهم فيكون اجماعاً وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شئ نزلت فى دم بين شركاء يعفو أحدهم عن القاتل فللآخرين ان يتبعوه بالمعروف فى نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شئ وهذا العفو عن بعض الحق ويكون نصيب الآخر وهو

نصف الدية في مال القاتل لان القتل عمد الا انه تعذر استيفاء القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمد و يؤخذ منه في ثلاث سنين عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر في سنتين (وجه) قوله ان الواجب نصف الدية فيؤخذ في سنتين كما لو قطع يد انسان خطأ ووجب عليه نصف الدية انه يؤخذ في سنتين كذا ههنا (ولنا) ان الواجب جزء مما يؤخذ في ثلاث سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك كل لا جزء لان كل دية يد واحدة هذا القدر الا انه قدر كل ديتها بنصف دية النفس وهذا لا ينفي ان يكون كل دية الطرف ولو عفا أحدهما فقتله الآخر ينظر ان قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله عليه القصاص (وجه) قوله انه قتل نفسا بغير حق لان عصمته عادت بالعفو ألا ترى انه حرم قتله فكانت مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه فلو سقط انما سقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال ظننت انه قاتل أبي (ولنا) ان في عصمته شبهة العدم في حق القاتل لانه قتله على ظن ان قتله مباح له وهو ظن مبنى على نوع دليل وهو ما ذكرنا ان القصاص وجب حقاً للمقتول وكل واحد من الاولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول فالعفو من أحدهما ينبغي ان لا يؤثر في حق الآخر ولان سبب ولاية الاستيفاء وجد في حق كل واحد منهما على الكمال وهو القرابة فينبغي ان لا يؤثر عفو أحدهما في حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل عن العمل باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ما بينا فقيامه يورث شبهة عدم العصمة والشبهة في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب القصاص و يجب عليه نصف الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابه للشبهة وجب عليه كمال الدية كان على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصاً بالنصف فيوجب عليه النصف الآخر و يكون في ماله لا على العاقلة لانه وجب بالقتل وهو عمد والعاقلة لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب عليه القصاص لان المانع من الوجوب الشبهة وانها نشأت عن الظن ولم يوجد فزال المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان انقلب نصيبه مالا بعفو صاحبه فبقي ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص الواحد مشتركا بينهما فعفا أحدهما عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد رجلين فعفا أحدهما عن القاتل لا يسقط قصاص الآخر لان كل واحد منهما استحق عليه قصاصاً كاملا ولا استحالة في ذلك لان القتل ليس تفويت الحياة ليقال ان الحياة الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال فعفو أحدهما عن حقه وهو القصاص لا يؤثر في حق صاحبه بخلاف القصاص الواحد المشترك والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا عفا الولي عن القاتل بعد موت وليه (فأما) اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصح عفوه وفي الاستحسان يصح (وجه) القياس أن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلا الا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله فلم يصح وللاستحسان وجهان أحدهما ان الجرح متى اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فكان عفوا عن حق ثابت فيصح ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات جاز التكفير والثاني ان القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد سبب وجوده وهو الجرح المفضي الى فوات الحياة والسبب المفضي الى الشيء يقام مقام ذلك الشيء في أصول الشرع كالنوم مع الحدث والنكاح مع الوطء وغير ذلك ولانه اذا وجد سبب وجود القتل كان العفو تعجيل الحكم بعد وجود سببه وانه جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطأ والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك العفو من المولى واحدا كان أو أكثر والعفو من الوارث سواء في جميع ما وصفنا الا ان في القصاص بين الموليين اذا عفا أحدهما فللآخر حصته من قيمة العبد وههنا من الدية لان القيمة في دم العمد كالدية في دم الحر (فأما) فيما وراء ذاك فلا يختلفان هذا كله اذا كان العفو من المولى أو من الولي فأما اذا كان من المجروح بان كان المجروح عفا لا يصح عفوه لان القصاص يجب حقا للمولى لا له وان كان حرا فان عفا عن القتل ثم مات

صح استحسانا والقياس ان لا يصح (وجه) القياس والاستحسان على نحو ماذكرنا وان عفا عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الجناية ثم مات أولا فجملة الكلام فيه ان الجرح لا يخلو اما ان يكون عمدا أو خطأ فان كان عمدا فالمجروح لا يخلو اما ان يقول عفوت عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الضربة وهذا كله قسم واحد (واما) ان يقول عفوت عن الجناية والقسم الاول لا يخلو (اما) ان ذكر معه ما يحدث منها (واما) ان لم يذكر وحال المجروح لا يخلو (اما) ان برئ وصح (واما) ان مات من ذلك فان برئ من ذلك صح العفو في الفصول كلها لان العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الارش فيصح وان سرى الى النفس ومات فان كان العفو بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها صح بالاجماع ولا شيء على القاتل لان لفظ الجناية يتناول القتل وكذا لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفوا عن القتل فيصح وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها لم يصح العفو في قول أبي حنيفة رضي الله عنه والقياس ان يجب القصاص وفي الاستحسان تجب الدية في مال القاتل وعندهما يصح العفو ولا شيء على القاتل (وجه) قولهما ان السراية اثر الجراحة والعفو عن الشيء يكون عفوا عن أثره كما اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما انه عفا عن غير حقه فان حقه في موجب الجناية لا في عينها لان عينها عرض لا يتصور بقاؤها فلا يتصور العفو عنها ولان عينها جناية وجدت من الخارج والجناية لا تكون حق المجني عليه فكان هذا عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية يتبين انه لا موجب بهذه الجراحة لان عند السراية يجب موجب القتل بالاجماع وهو القصاص ان كان عمدا والدية ان كان خطأ ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب القتل لان الجمع بينهما غير مشروع والثاني ان كان العفو عن القطع والجرح صحيحا لكن القطع غير والقتل غير فالقطع ابانة الطرف والقتل فعل مؤثر في فوات الحياة عادة وموجب أحدهما القطع والارش وموجب الآخر القتل والدية والعفو عن أحد الغيرين لا يكون عفوا عن الآخر في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسقطه الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وتكون في ماله لانها وجبت بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمدا فاما اذا كان خطأ فان برئ من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شيء على القاطع سواء كان بلفظ الجناية أو الجراحة وذكر وما يحدث منها أو لم يذكر لما قلنا وان سرى الى النفس فان كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح أيضا لما ذكرنا ثم ان كان العفو في حال صحة المجروح بان كان يذهب ويجيء ولم يصر صاحب فراش يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بأن صار صاحب فراش يعتبر عفوه من ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله فان كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك القدر عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة وثلثاه يؤخذ منهم وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح العفو والدية على العاقلة عند أبي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله عفوت عن الجراحة وعن الجناية وما يحدث منها سواء وقد بينا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو على التفصيل الذي ذكرنا أنه ان برئ المجروح فالصلح صحيح بأي لفظ كان وسواء كان القطع عمدا أو خطأ لان الصلح وقع عن حق ثابت فيصح وان سرى الى النفس فان كان الصلح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح أيضا لانه صلح عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الصلح ويؤخذ جميع الدية من ماله في العمد وان كان خطأ يرد بدل الصلح ويجب جميع الدية على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امرأة يد رجل أو جرحته فتزوجها على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفاصيل أنه ان برئ من ذلك جاز النكاح وصار ارش ذلك مهرها لانه تبين أن موجب ذلك الارش سواء كان القطع عمدا أو خطأ لان القصاص بين الذكور والاناث لا يجري فيما دون النفس فكان الواجب هو المال فاذا تزوجها عليه فقد سمي المال فكان مهرها وان سرى الى النفس فان كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها

وكان القطع خطأ جاز النكاح وصار دم الزوج مهراً لها لانه لما اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا موجباً للدية على العاقلة فكان التزوج على موجب الجناية وهو الدية وسقطت عن العاقلة لصيرورتها مهراً لها وهذا اذا كان وقت النكاح صحيحا فان كان مريضا فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة لانه ليس بمتبرع فى هذا القدر (وأما) الزيادة على ذلك فينظر ان كانت تخرج من ثلث ماله يسقط أيضاً وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر الثلث يسقط أيضاً والزيادة تكون للزوج ترجع الى ورثته وانما اعتبر خروج الزيادة من ثلث ماله لانه متبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا فى الخطأ (وأما) فى العمد جاز النكاح وصار عفوا (أما) جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يقف على تسمية ما هو مال (واما) صيرورة النكاح على القصاص عفواً له لانه لما تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه وأسقطه وهذا معنى العفو ولها مهر المثل من تركة الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فيجب لها العوض الاصلى وهو مهر المثل فان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فكذلك الجواب عندهما فى العمد والخطا وعند أبى حنيفة رحمه الله بطل العفو اذا كان عمدا ولها مهر المثل من مال الزوج وتجب الدية من مالها فيتناقصان بقدر مهر المثل وتضمن المرأة الزيادة وان كانت خطأ فتجب الدية على عاقلتها ولها مهر المثل من مال الزوج ولا ترث المرأة من مال الزوج شيأ لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله تعالى أعلم ولو كان مكان النكاح خلع بان قطع يد امرأته أو جرحها جراحة فخلعها على ذلك فهو على ما ذكرنا انها ان برئت جاز الخلع وكان بائنا لانه تبين انه خلعها على ارش اليد فصح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع على مال طلاق بائن ويستوى فيه العمد والخطأ لما مر وان سرى الى النفس وكان خطأ فان ذكر بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون بائنا لانه تبين ان الفعل وقع قتلا فتبين انه وقع موجبا للدية فكان الخلع واقعا على ماله وهو الدية فيصح ويكون بائنا ثم ان كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وان كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لان تلك الحال حال دخول البضع فى ملك الزوج وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالا حال الدخول فى ملك الزوج ولا يعد مالا حال الخروج عن ملكه وان كان يخرج من الثلث سقط عن العاقلة وان لم يكن لها مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هذا فى الخطأ فأما فى العمد جاز العفو ولا يكون مالا وخلعها بغير مال يكون رجعيا وان كان الخلع بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعندهما كذلك الجواب وعند أبى حنيفة رحمه الله لم يصح العفو وتجب جميع الدية فى ماله فى العمد وفى الخطأ على العاقلة ويكون الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعيا والله تعالى أعلم ومنها الصلح على مال لان القصاص حق للمولى ولصاحب الحق أن يتصرف فى حقه استيفاء واسقاطاً اذا كان من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط ولهذا يملك العفو فيملك الصلح ولان المقصود من استيفاء القصاص وهو الحياة يحصل به لان الظاهر ان عند أخذ المال عن صلح وتراض تسكن الفتنة فلا يقصد الولى قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل المقصود من استيفاء القصاص بدونه وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شىء الآية نزل فى الصلح عن دم العمد فيدل على جواز الصلح وسواء كان بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا بأجل معلوم أو مجهول جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس ونحو ذلك بخلاف الصلح من الدية على أكثر مما تجب فيه الدية انه لا يجوز لان المانع من الجواز هناك تمكن الربا ولم يوجد ههنا لان الربا يختص بمبادلة المال بالمال والقصاص ليس بمال وقد ذكرنا شرائط جواز الصلح ومن يملك الصلح ومن لا يملكه فى كتاب الصلح ولو صالح الولى القاتل على مال ثم قتله يقتص منه عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد مرت المسئلة فى العفو ولو كان الولى اثنين والقصاص واحد فصالح أحدهما سقط القصاص عن القاتل وينقلب نصيب الآخر مالا لما ذكرنا فى العفو ولو قتله الآخر بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف

والوفاق الذى ذكرناه فى العفو ولو كان القصاص أكثر فصالح ولى أحد القتيلين فللآخران يستوفى وكذا لو صالح الولى مع أحد القاتلين كان له أن يقتص للآخر لما ذكرنا فى العفو وكذلك حكم المولى فى الصلح عن دم العمد فى جميع ما وصفنا ومنها ارث القصاص بان وجب القصاص لانسان فمات من له القصاص فورث القاتل القصاص سقط القصاص لاستحالة وجوب القصاص له وعليه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلان رجلين كل واحد منهما ابن الآخر عمدا وكل منهما وارث الآخر قال أبو يوسف رحمه الله لا قصاص عليهما وقال الحسن بن زياد رحمه الله يوكل كل واحد منهما وكيلا يستوفى القصاص فيقتلهما الوكيلان معا وقال زفر رحمه الله يقال للقاضى ابتدبايهما شئت وسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجه) قول زفر رحمه الله ان القصاص وجب على كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه لا يتمكن استيفاؤهما لانه اذا استوفى أحدهما يسقط الآخر لصيرورة القصاص ميراثا للقاتل الآخر فكان الخيار فيه الى القاضى يبتدئ بأيهما شاء ويسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجه) قول الحسن رحمه الله ان استيفاء القصاص منهما ممكن بالوكالة بان يقتل كل واحد من الوكيلين كل واحد من القاتلين فى زمان واحد فلا يتوارثان كما فى الغرقى والحرقى (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان وجوب القصاص وجوب الاستيفاء لا يعقل له معنى سواه ولا سبيل الى استيفاء القصاص لانه اذا استوفى أحدهما سقط الآخر وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر فتعذر القول بالوجوب أصلا ولان فى استيفاء أحد القصاصين ابقاء حق أحدهما واسقاط حق الآخر وهذا لا يجوز والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد لان الفعلين قلما يتفقان فى زمان واحد بل يسبق أحدهما الآخر عادة وكذا أثرهما الثابت عادة وهو فوات الحياة وفى ذلك اسقاط القصاص عن الآخر وقالوا فى رجل قطع يد رجل ثم قتل المقطوع يده ابن القاطع عمدا ثم مات المقطوع يده من القطع ان على القاطع القصاص وهو القتل لولى المقطوع يده لانه مات بسبب سابق على وجود القتل منه وهو القطع السابق لان ذلك القطع صار بالسراية قتلا فوجب القصاص على القاطع ولا يسقط بقتل المقطوع يده ابن القاطع والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حق ولهذا يثبت بالقتل الخطا فبالعمد اولى وأما الكفارة فلا تجب عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب (وجه) قوله ان الكفارة لرفع الذنب ومحو الاثم ولهذا وجبت فى القتل الخطا والذنب فى القتل العمد أعظم فكانت الحاجة الى الدفع أشد (ولنا) ان التحرير أو الصوم فى الخطا انما وجب شكرا للنعمة حيث سلم له أعز الاشياء اليه فى الدنيا وهو الحياة مع جواز المؤاخذة بالقصاص وكذا ارتفع عنه المؤاخذة فى الآخرة مع جواز المؤاخذة وهذا لم يوجد فى العمد فيقدر الايجاب شكرا أوجب لحق التوبة عن القتل بطريق الخطا وألحق بالتوبة الحقيقية لخفة الذنب بسبب الخطا والذنب ههنا أعظم فلا يصلح لتحرير توبة والله تعالى أعلم وأما شبه العمد فيتعلق به أحكام منها وجوب الدية المغلظة على العاقلة اما وجوب الدية فلان القصاص امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية وأما صفة التغليظ فلاجماع الصحابة رضى الله عنهم لانهم اختلفوا فى كيفية التغليظ على ما نذكر ان شاء الله تعالى واختلافهم فى الكيفية دليل ثبوت الاصل وأما الوجوب على العاقلة فلان العاقلة انما تعقل الخطأ تخفيفا على القاتل نظرا له لوقوعه فيه لا عن قصد وفى هذا القتل شبهة عدم القصد لحصوله بآلة لا يقصد بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف ومنها حرمان الميراث ومنها عدم جواز الوصية لانه قتل مباشرة بغير حق وهل تجب الكفارة فى هذا القتل ذكر الكرخى رحمه الله انها تجب وألحقه بالقتل الخطأ المحض فى وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب وألحقه بالعمد المحض فى عدم وجوب الكفارة (وجه) ماذكره الكرخى رحمه الله ان الكفارة انما وجبت فى الخطا اما لحق الشكر أو لحق التوبة على ما بينا والداعى الى الشكر والتوبة ههنا موجود وهو سلامة البدن وكون الفعل جناية فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد فامكن ان يجعل

التحرير فيه توبة (وجه) القول الآخر ان هذه جناية متغلظة ألا ترى ان المؤاخذة فيها ثابتة بخلاف الخطأ فلا يصلح التحرير توبة بها كما في العمد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القتل الخطأ فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل والمقتول فنفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما أن يكونا جميعاً حرين واما ان كان القاتل حرا والمقتول عبداً واما ان كان القاتل عبداً والمقتول حراً واما ان كانا جميعاً عبدين فان كانا حرين فيتعلق به أحكام منها وجوب الكفارة عند وجود شرائط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع الى القاتل و بعضها الى المقتول أما الذي يرجع الى القاتل فالاسلام والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والمجنون والصبي لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات والكفارة عبادة والصبي والمجنون لا يخاطبا بالشرائع أصلا وأما الذي يرجع الى المقتول فهو ان يكون المقتول معصوما فلا تجب بقتل الحربي والباغي لعدم العصمة واما كونه مسلما فليس بشرط فيجب سواء كان مسلما أو ذمياً أو مستأمنا وسواء كان مسلما أسلم في دار الاسلام أو في دار الحرب ولم يهاجر الينا لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ولان القاتل قد سلم له الحياة في الدنيا وهي من أعظم النعم ورفعت عنه المؤاخذة في الآخرة مع جواز المؤاخذة في الحكمة لما في وسع الخاطئ في الجملة حفظ نفسه عن الوقوع في الخطا وهذا أيضا نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقا للعقل فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الآية ليقدر العبد على اداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتعضية العقل ولان فعل الخطأ جناية ولله تعالى المؤاخذة عليه بطريق العدل لانه مقدور الامتناع بالتكلف والجهد واذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحرير من العبد بحق التوبة عن القتل الخطا بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات الا انه جعل التحرير أو الصوم توبة له دون التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطا اذ الخطأ معفو في الجملة وجائز العفو عن هذا النوع لخفت توبته لخفة في الجناية فكان التحرير في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنايات ومنها حرمان الميراث لانه وجد القتل مباشرة بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها وأما الخطر والحرمة فلان فعل الخطا جناية جاز المؤاخذة عليها عقلا لما بينا والدليل عليه قوله عز اسمه ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ولو لم يكن جائز المؤاخذة لكان معنى الدعاء اللهم لا تجر علينا وهذا محال وانما رفع حكمها شرعا ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه مع بقاء وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية ومنها وجوب الدية والكلام في الدية في مواضع في بيان شرائط وجوب الدية وفي بيان ما تجب منه الدية من الاجناس وفي بيان مقدار الواجب من كل جنس وفي بيان صفته وفي بيان من تجب عليه الدية وفي بيان كيفية الوجوب أما الشرائط فبعضها شرط أصل الوجوب و بعضها شرط كمال الواجب أما شرط أصل الوجوب فنوعان أحدهما العصمة وهو ان يكون المقتول معصوما فلا دية في قتل الحربي والباغي لفقد العصمة فاما الاسلام فليس من شرائط وجوب الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلما أو ذميا أو حربيا مستأمنا وكذلك العقل والبلوغ حتى تجب الدية في مال الصبي والمجنون والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذمياً أو حربيا مستأمناً تجب الدية لقوله تبارك وتعالى فان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والثاني التقوم وهو ان يكون المقتول متقوما وعلى هذا يبنى ان الحربي اذا أسلم في دار الحرب فلم يهاجر الينا فقتله مسلم أو ذمي خطأً انه لا تجب الدية عند أصحابنا خلافا للشافعي بناء على ان التقوم بدار الاسلام عندنا وعنده بالاسلام وقد ذكرنا تقرير هذا الاصل في كتاب السير ثم نتكلم في المسألة ابتداء احتج الشافعي رحمه الله بقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأً فتجب الدية (ولنا) قوله جلت عظمته وكبرياؤه فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة

والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعل التحرير جزاء القتل والجزاء يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحرير وهذا خلاف النص والثاني انه سبحانه وتعالى جعل التحرير كل الواجب بقتله لانه كل المذكور فلو أوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص وأما صدر الآية الكريمة فلا يتناول هذا المؤمن لوجهين أحدهما انه سبحانه وتعالى ذكر المؤمن مطلقا فيتناول المؤمن من كل وجه وهو المستأمن دينا ودارا وهذا مستأمن دينا لا دارا لانه مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه أفرد هذا المؤمن بالذكر والحكم ولو تناوله صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به فكان الثاني تكرارا ولو حمل على المؤمن المطلق لم يكن تكرارا فكان الحمل عليه أولى أو يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقا بين الدليلين عملا بهما جميعا ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل أم وقت الموت أم في الوقتين جميعا على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تعتبر وقت القتل لا غير وعلى أصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعا وعلى قول زفر رحمه الله تعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا تخرج مسائل الرمي اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات فعلى الرامي الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله ان كان خطأ تتحمله العاقلة وان كان عمدا يكون في ماله وعندهما لا شئ عليه وكذا عند زفر وان رمى مرتدا أو حربيا فاسلم ثم وقع السهم به ومات لا شئ عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الدية (وجه) قوله ان الضمان انما يجب بالقتل والفعل انما يصير قتلا بفوات الحياة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة فكان دمه هدرا كما لو جرحه ثم ارتد فمات وهو مرتد ولهما ان للقتل تعلقا بالقاتل والمقتول لانه فعل القاتل وأثره يظهر في المقتول بفوات الحياة فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الضمان انما يجب على الانسان بفعله ولا فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود زهوق الروح قتلا من حين وجوده والمحل كان معصوما في ذلك الوقت فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية ولهذا لو كان مرتدا أو حربيا وقت الرمي ثم أسلم فاصابه السهم وهو مسلم انه لا شيء عليه عندهما وهذه المسألة حجة قوية لابي حنيفة رضي الله عنه عليهما في اعتبار وقت الرمي لا غير والدليل عليه ان في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعا حتى لو كان الرامي مسلما وقت الرمي ثم ارتد فاصاب السهم الصيد وهو مرتد يؤكل وان كان الباب باب الاحتياط وبمثله لو كان مجوسيا وقت الرمي ثم أسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم لا يؤكل وكذلك حلال رمى صيدا ثم أحرم ثم أصابه لا شيء عليه وان رمى وهو محرم ثم حل فاصابه فعليه الجزاء فهذه المسائل حجج أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والاصل ان ما يرجع الى الاهلية تعتبر فيه أهلية الفاعل وقت الفعل بلا خلاف وما كان راجعا الى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما اذا جرح مسلما ثم ارتد المجروح فمات وهو مرتد انه يهدر دمه لان الجرح السابق انقلب قتلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة فيوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسألتنا ولو رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وعليه قيمته لمولاه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وقال محمد على الرامي لمولى للعبد فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي لا شيء عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمد انه لما رمى اليه فقد صار ناقصا بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لانه أشرف على الهلاك بتوجه السهم اليه فوجب عليه ضمان النقصان فصار كما لو جرحه ثم أعتقه مولاه ولو كان كذلك لا نقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان كذا هذا وأبو حنيفة رضي الله عنه مر على أصله وهو اعتبار وقت الفعل لانه صار قاتلا بالرمي السابق وهو كان ملك المولى حينئذ (وأما) بيان ما تجب فيه الدية فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الذي تجب منه الدية وتقضى منه ثلاثة أجناس الابل والذهب والفضة وعندهما ستة أجناس الابل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل واحتجا بقضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فانه روى انه قضى بالدية من هذه الاجناس

بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه قوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل جعل عليه الصلاة والسلام الواجب من الابل على الاشارة اليها فظاهره يقتضي الوجوب منها على التعيين الا ان الواجب من الصنفين الاخيرين ثبت بدليل آخر فمن ادعى الوجوب من الاصناف الاخر فعليه الدليل وأما قضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فقد قيل انه انما قضى بذلك حين كانت الديات على العواقل فلما نقلها الى الديوان قضى بها من الاجناس الثلاثة وذكر في كتاب المعاقل مايدل على انه لا خلاف بينهم فانه قال لو صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة لم يجز بالاجماع ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز والله أعلم بالصواب وأما بيان مقدار الواجب من كل جنس و بيان صفته فقدر الواجب من كل جنس يختلف بذكورة المقتول وأنوثته فان كان ذكرا فلا خلاف في ان الواجب بقتله من الابل مائة لقوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل ولا خلاف أيضا في ان الواجب من الذهب الف دينار لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار والتقدير في حق الذمي يكون تقديرا في حق المسلم من طريق الاولى وأما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله تعالى عشرة آلاف درهم وزنا وزن سبعة وقال مالك والشافعي رحمهما الله اثنا عشر الفا والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال الدية عشرة آلاف درهم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا مع ماان المقادير لا تعرف الا سماعا فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقدر الواجب من البقر عندهما مائتا بقرة ومن الحلل مائتا حلة ومن الغنم الفا شاة ثم دية الخطا من الابل اخماس بلا خلاف عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال دية الخطا اخماس عشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنو لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهما وقدر كل حلة خمسون درهما والحلة اسم لثوبين ازار ورداء وقيمة كل شاة خمسة دراهم ودية شبه العمد أرباع عندهما خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعند محمد أثلاث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كله خلفة وهو مذهب سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما وعن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال في شبه العمد أثلاث ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة والصحابة رضي الله عنهم متى اختلفت في مسئلة على قولين او ثلاثة يجب ترجيح قول البعض على البعض والترجيح ههنا القول ابن مسعود رضي الله عنه لوجهين أحدهما انه موافق للحديث المشهور الذي تلقته العلماء رضي الله عنهم بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل وفي ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة على المائة لان الحمل أصل من وجه والثاني ان ماقاله أقرب الى القياس لان الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقة فان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون للداء ونحو ذلك وان كان أنثى فدية المرأة على النصف من دية الرجل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم انهم قالوا في دية المرأة انها على النصف من دية الرجل ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد فيكون اجماعا ولان المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك في ديتها وهل يختلف قدر الدية بالاسلام والكفر قال أصحابنا رحمهم الله لا يختلف ودية الذمي والحربي والمستأمن كدية المسلم وهو قول ابراهيم النخعي والشعبي رحمهما الله والزهري رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله تختلف دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل دية هؤلاء على هذه المراتب ولان الانوثة لما أثرت في نقصان البدل فالكفر أولى لان نقيصة الكفر فوق كل نقيصة (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله أطلق سبحانه وتعالى

القول بالدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل ان الواجب في الكل على قدر واحد (وروينا) انه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينا (وروى) أن عمرو بن أمية الضمري قتل مستأمنين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهري رحمه الله انه قال قضى سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع الى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد ونقصان الكفر يؤثر في أحكام الدنيا (وأما) بيان من تجب عليه الدية فالدية تجب على القاتل لان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل ثم (الدية) الواجبة على القاتل نوعان نوع يجب عليه في ماله ونوع يجب عليه كله وتتحمل عنه العاقلة بعضه بطريق التعاون اذا كان له عاقلة وكل دية وجبت بنفس القتل الخطا أو شبه العمد تتحمله العاقلة ومالا فلا فلا تعقل الصلح لان بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الاقرار لانها وجبت بالاقرار بالقتل لا بالقتل واقراره حجة في حقه لا في حق غيره فلا يصدق في حق العاقلة حتى لو صدقوا عقلوا ولا العبد بان قتل انسانا خطأ لان الواجب بنفس القتل الدفع لا الفداء والفداء يجب باختيار المولى لا بنفس القتل ولا العمد بان قتل الاب ابنه عمداً لانها وان وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لان التحمل من العاقلة في الخطأ وشبه العمد على طريق التخفيف على الخاطئ والعامد لا يستحق التخفيف وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وقيل في معنى قوله عليه الصلاة والسلام ولا عبدا أن المراد منه العبد المقتول وهو الذي قتله مولاه وهو مأذون مديون أو المكاتب لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان من حق الكلام أن يقول لا تعقل العاقلة عن عبد لان العرب تقول عقلت عن فلان اذا كان فلان قاتلا وعقلت فلانا اذا كان فلان مقتولا كذا فرق الاصمعي ثم الوجوب على القاتل فيما تتحمله العاقلة قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الدية في هذا النوع تجب على الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعا والصحيح هو الاول لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ومعناه فليتحرر وليؤد وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة دل ان الوجوب على القاتل ولما ذكرنا أن سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل لا من العاقلة فكان الوجوب عليه لا على العاقلة وانما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع العاقلة في التحمل مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة الكل دون القاتل وقال أبو بكر الاصم يتحمل القاتل دون العاقلة لانه لا يجوز أن يؤاخذ أحد بذنب غيره قال الله سبحانه وتعالى ولا تكسب كل نفس الا عليها وقال جلت عظمته ولا تزر وازرة وزر أخرى ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الاموال ولا مادون نصف عشر الدية كذا هذا (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وكذا قضى سيدنا عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وأما الآية الشريفة فنقول بموجبها لكن لم قلتم أن الحمل على العاقلة أخذ بغير ذنب فان حفظ القاتل واجب على عاقلته فاذا لم يحفظوا فقد فرطوا والتفريط منهم ذنب ولان القاتل انما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل ولان الدية مال كثير فالزام الكل القاتل اجحاف به فيشاركه العاقلة في التحمل تخفيفاً وهو مستحق التخفيف لانه خاطئ وبهذا فارق ضمان المال لان ضمان المال لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة الى التخفيف ومادون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان الاموال (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أنه عليه السلام قضى بالدية على العاقلة فلا يدخل فيه القاتل وانا نقول نعم لكن معلولا بالنصرة والحفظ وذلك على القاتل أوجب فكان أولى بالتحمل ثم الكلام في العاقلة في موضعين أحدهما في تفسير العاقلة من هم والثاني في بيان القدر الذي تتحمله العاقلة من الدية (أما) الاول فالقاتل لا يخلو اما ان كان حر الاصل واما ان كان معتقاً واما ان كان مولى الموالاة فان كان حر الاصل فعاقلته أهل ديوانه ان كان

من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الاحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله عاقلته قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال كانت الديات على القبائل فلما وضع سيدنا عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الدواوين فان قيل قضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقلة من النسب اذلم يكن هناك ديوان فكيف يقبل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على مخالفته فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب لو كان سيدنا عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولا يظن من عموم الصحابة رضي الله عنهم مخالفة فعله عليه الصلاة والسلام فدل انهم فهموا أنه كان معلولا بالنصرة واذا صارت النصرة في زمانهم الديوان نقلوا العقل الى الديوان فلا تتحقق المخالفة وهذا لان التحمل من العاقلة للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقلة الرجل أهل ديوانه ولا تؤخذ من النساء والصبيان والمجانين والرقيق لانهم ليسوا من أهل النصرة ولان هذا الضمان صلة وتبرع بالاعانة والصبيان والمجانين والمماليك ليسوا من أهل التبرع وان لم يكن له ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لان استنصاره بهم وان كان القاتل معتقا أو مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم ثم عاقلة المولى الاعلى قبيلته اذا لم يكن من أهل الديوان فكذا عاقلة مولاه ولان استنصاره بمولاه وقبيلته فكانوا عاقلته هذا اذا كان للقاتل عاقلة فاما اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي أو الذمي الذي أسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وروى محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال وجه هذه الرواية أن الاصل هو الوجوب في مال القاتل لان الجناية وجدت منه وانما الاخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلة يرد الامر فيه الى حكم الاصل وجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وبيت المال مالهم فكان ذلك عاقلته (وأما) بيان مقدار ما تتحمله العاقلة من الدية فلا يؤخذ من كل واحد منهم الاثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزاد على ذلك لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع تخفيفا على القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة ويجوز أن ينقص عن هذا القدر اذا كان في العاقلة كثرة فان قلت العاقلة حتى أصاب الرجل أكثر من ذلك يضم اليهم أقرب القبائل اليهم من النسب سواء كانوا من أهل الديوان أولا ولا يعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدى كاحدهم لان العاقلة تتحمل جناية وجدت منه وضمانا وجب عليه فكان هو أولى بالتحمل (وأما) بيان كيفية وجوب الدية فنقول لا خلاف في أن دية الخطأ تجب مؤجلة على العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون اجماعا وتؤخذ من ثلاث عطايا ان كان القاتل من أهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل العطايا الثلاث في سنة واحدة يؤخذ الكل في سنة واحدة وان تأخرت يتأخر حق الاخذ وان لم يكن من أهل الديوان تؤخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في أن الدية بالاقرار بالقتل الخطأ تجب في ماله في ثلاث سنين لان الاقرار بالقتل اخبار عن وجود القتل وانه يوجب حقا مؤجلا تتحمله العاقلة الا أنه لا يصدق على العاقلة فيجب مؤجلا في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو الاب اذا قتل ابنه عمدا قال أصحابنا رحمهم الله انها تجب مؤجلة في ثلاث سنين الا أن دية شبه العمد تتحمله العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي رحمه الله دية الدم كدية العمد تجب حالا وجه قوله أن سبب الوجوب وجد حالا فتجب الدية حالا اذ الحكم يثبت على وفق السبب هو الاصل الا أن التأجيل في الخطأ ثبت معدولا به عن الاصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم أو يثبت معلولا بالتخفيف على القاتل حتى تحمل عنه العاقلة والعامد يستحق التغليظ ولهذا وجب في ماله لا على العاقلة (ولنا) أن وجوب الدية لم يعرف الا بنص الكتاب العزيز وهو قوله

تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله والنص وان ورد بلفظ الخطأ لكن غيره ملحق به الا أنه مجمل فى بيان القدر والوصف فبين عليه الصلاة والسلام قدر الدية بقوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل وبيان الوصف وهو الاجل ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم بقضية سيدنا عمر رضى الله عنه بمحضر منهم فصار الاجل وصفا لكل دية وجبت بالنص وقوله دية الخطأ وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين أحدهما بايجاب دية مغلظة والثانى بالايجاب فى ماله والجانى لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية تتحمله العاقلة أو تجب فى مال القاتل فذلك الجزء يجب فى ثلاث سنين كالعشرة اذا قتلوا رجلا خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها فى ثلاث سنين وكذلك العشرة اذا قتلوا رجلا واحدهم أبوه حتى وجبت عليهم دية واحدة فى مالهم يجب على كل واحد منهم عشرها فى ثلاث سنين لان الواجب على كل واحد منهم جزء من دية مؤجلة فى ثلاث سنين فكان تأجيل الدية تأجيلا لكل جزء من أجزائها اذ الجزء لا يخالف الكل فى وصفه ولا خلاف فى أن بدل الصلح عن دم العمد يجب فى ماله حالا لانه لم يجب بالقتل وانما وجب بالعقد فلا يتأجل الا بالشرط كثمن المبيع ونحو ذلك وكذلك العبد اذا قتل انساناً خطأ واختار المولى الفداء يجب الفداء حالا لان الفداء لم يجب بالقتل بدلا من القتيل وانما وجب بدلا عن دفع العبد والعبد لو دفع يدفع حالا فكذلك بدله والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاتل حراً والمقتول حراً فاما اذا كان القاتل حراً والمقتول عبدا فالعبد المقتول لا يخلو اما ان كان عبد أجنبى (واما) ان كان عبد القاتل فان كان عبد أجنبى فيتعلق بهذا القتل حكمان أحدهما وجوب القيمة والكلام فى القيمة فى مواضع فى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان من تجب عليه وفى بيان من يتحمله وفى بيان كيفية الوجوب أما الاول فالعبد لا يخلو اما ان كان قليل القيمة (واما) ان كان كثير القيمة فان كان قليل القيمة بان كان قيمته أقل من عشرة آلاف درهم يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب عشرة آلاف الا عشرة وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول أنه يجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول الشافعى رحمه الله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه مثل مذهبنا وروى عن سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله تعالى عنهما مثل مذهبه والحاصل أن العبد آدمى ومال لوجود معنى الآدمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر مضمون بالمثل والقيمة حالة الانفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعا ولا وجه الى ايجاب الضمان بمقابلة كل واحد منهما على الانفراد فلا بد من ايجابه بمقابلة أحدهما واهدار الآخر فيقع الكلام فى الترجيح فادعى الشافعى رحمه الله الترجيح من وجهين أحدهما أن الواجب مال ومقابلة المال بالمال أولى من مقابلة المال بالآدمى لان الاصل فى ضمان العدوان الوارد على حق العبد أن يكون مقيدا بالمثل ولا مماثلة بين المال والآدمى فكان ايجابه بمقابلة المال موافقا للاصل فكان أولى والثانى أن الضمان وجب حقا للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر وفى ايجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق المفوت عليه من كل وجه (ولنا) النص ودلالة الاجماع والمعقول أما النص فقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزاد على عشرة آلاف بالاجماع (وأما) دلالة الاجماع فهو أنا أجمعنا على أنه لو أقر على نفسه بالقصاص يصح وان كذبه المولى ولولا أن الترجيح لمعنى الآدمية لما صح لانه يكون اقراره اهدارا لمال المولى قصدا من غير رضاه وانه لا يملك ذلك (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما أن الآدمية فيه أصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض الاصل والتبع لا يعارض المتبوع ودليل اصالة الآدمية من وجوه أحدها انه كان خلق خلق آدميا ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق والثانى أن قيام المالية فيه بالآدمية وجوداً وبقاء لا على القلب والثالث أن المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الآدمية فيه أصلا وجودا

و بقاء وعرضاً والثانى أن حرمة الآدمى فوق حرمة المال لان حرمة المال لغيره وحرمة الآدمى لعينه فكان اعتبار النفسية واهدار المالية أولى من القلب الا أنه نقصت ديته عن دية الحر لكون الكفر منقصاً فى الجملة واظهار الشرف الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توفيقا قال ابن مسعود رضى الله عنه ينقص من دية الحر عشرة دراهم فالظاهر انه قال ذلك سماعا منه عليه الصلاة والسلام لانه من باب المقادير أولان هذا أدنى مال له فى خطر الشرع كما فى نصاب السرقة والمهر فى النكاح قوله المال ليس بمثل للآدمى قلنا نعم لكن لشرف الادمى وجه المال لم يجعل مثلا له عند امكان ايجاب ماهو مثل له من كل وجه وهو النفس فاما عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار المثل من وجه أولى من الاهدار وقوله الجبر فى المال أبلغ قلنا بلى لكن فيه اهدار الآدمى ومقابلة الجابر بالآدمى القائت أولى من المقابلة بالمال الهالك وان كان الجبر ثمة أكثر لكن فيه اعتبار جانب المولى فيكون لغيره وفيما قلنا الجبر أقل لكن فيه اعتبار جانب نفس الآدمى وهو العبد وحرمة الآدمى لعينه فكان ماقلناه أولى ولوكان المقتول أمة فان كانت قليلة القيمة بان كانت قيمتها أقل من خمسة آلاف فهى مضمونة بقدر قيمتها بالغة ما بلغت وان كانت كثيرة القيمة بان كانت قيمتها خمسة آلاف أو أكثر يجب خمسة آلاف الا عشرة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى رواية أبى يوسف رحمه الله له فهو قول الشافعى رحمه الله تبلغ بالغة ما بلغت والكلام فى الامة كالكلام فى العبد وانما ينقص منها عشرة كما نقصت من دية العبد وان اختلفا فى قدر البدل لان هذه دية البدل لان هذه دية كاملة فى الامة فينتقص فى العبد بخلاف ما اذا قطع يد عبد تزيد نصف قيمته على خمسة آلاف انه تجب خمسة آلاف الا خمسة لان الواجب هناك ليس بدية كاملة بل هو بعض الدية لان اليد منه نصف فيجب نصف ما يجب فى الكل والواجب فى الانثى ليس بعض دية الذكر بل هو دية كاملة فى نفسها لكنها دية الانثى (وأما) بيان من يجب عليه ومن يتحملها فانها تجب على القاتل لوجود سبب الوجوب منه وهو القتل وتتحملها العاقلة فى قولهما وعلى رواية أبى يوسف وهو قول الشافعى رحمه الله تجب فى مال القاتل وهذا بناء على الاصل الذى ذكرنا ان عندهما ضمان العبد بمقابلة النفس وضمان النفس تتحمله العاقلة وكدية الحر وعند الشافعى بمقابلة المالية وضمان المال لا تتحمله العاقلة بل يكون فى مال المتلف كضمان سائر الاموال و روى عن أبى يوسف فى كثير القيمة ان بقدر عشرة آلاف تعقله العاقلة لان ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية وما زاد عليها لا تعقله لانه يجب بمقابلة المالية (وأما) كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا فى دية الحر من غير تفاوت والله تعالى أعلم والثانى وجوب الكفارة لعموم قوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة من غير فصل بين الحر والعبد والله تعالى الموفق ولو كان المقتول مدبرا انسان أوأم ولده أومكاتبه فحكمه حكم القن فى جميع ماوصفنا وان كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هدر وكذا لو كان مدبره أوأم ولده لان القيمة لو وجبت لوجبت له عليه وهذا ممتنع وان كان مكاتبه فجناية المولى عليه لازمة وعلى المولى قيمته فى ثلاث سنين لان المكاتب فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته حر فكان كسبه وارشه له فالجناية عليه من المولى والاجنبى سواء ولا تعقلها العاقلة بل تكون على ماله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والمكاتب عندنا عبد ما بقى عليه درهم ولان المكاتب على ملك مولاه وانما ضمن جنايته بعد الكتابة والعقد ثابت بينهما غير ثابت فى حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لان اقرار المقر حجة فى حقه لا فى حق غيره وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة لما ذكرنا أنه أحق بكسبه من المولى والمولى كالاجنبى فيه وكذا اذا كان مأذونا مديونا فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته وبالقتل أبطل محل حقهم فتجب عليه قيمته وتكون فى ماله بالنص وتكون حالة لانه ضمان اتلاف المال هذا اذا كان القاتل حرا والمقتول عبدا فاما اذا كان القاتل عبدا والمقتول حرا فالحر المقتول لا يخلو من أن يكون أجنبياً أو يكون ولى العبد فان كان أجنبيا فالعبد القاتل لا يخلو من أن يكون قنا أومدبرا أوأم ولد أومكاتبا فان كان قلنا يدفع اذا ظهرت جنايته الا أن

يختار المولى الفداء فـلابد من بيان ماتظهر به هذه الجناية وبيان حكم هذه الجناية وبيان صفة الحكم وبيان ما يصير به المولى مختار اللفـداء وشرط صحة الاختيار وبيان صفة الفداء الواجب عنـد الاختيار أما الاول فهذه الجناية تظهر بالبينـة واقرار المولى وعـلم القاضى ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان أو مأذونا لان العبد يملك بالاذن بالتجارة ما كان من مال التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة واذا لم يصح اقراره لا يؤخذ به لا فى الحال ولا بعـد العتاق لان موجب اقراره لا يلزمه وانما يلزم مولاه فكان هـذا اقرارا على المولى حتى لو صـدقه المولى صح اقراره وكذلك لو أقر بعد العتاق انه كان جنى فى حال الرق لا شئ عليه لما ذكرنا ان هذا اقراره على المولى ألا يرى لو صدقه المولى وأقر أنه أعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم هـذه الجناية فوجوب دفع العبد الى ولى الجناية الا أن يختار المولى الفداء عندنا وقال الشافعى رحمه الله حكمها تعلق الارش برقبة العبد يباع فيـه و يستوفى الارش من ثمنه فان فضل منه شئ فالفضل للمولى وان لم يف ثمنه بالارش يتبع بما بقى بعـد العتاق وللمولى أن يستخلصه و يؤدى الارش من مال آخر (وجه) قوله أن الاصل فى ضمان الجناية أنه يجب على الجانى والواجب على الانسان اما ان يكون فى ماله أو تتحمل العاقلة عنه والعبد لا مال له ولا عاقلة فتعذر الايجاب عليـه فتجب فى رقبته يباع فيه كدين الاستهلاك فى الاموال (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سـيدنا على وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهما من أحـد منهم فيكون اجماعا منهم والقياس يترك بمعارضة الاجماع ودين الاسـتهلاك فى باب الاموال يجب على العبـد على ما عرف وأما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب الدفع على سبيل التعيين كثرت قيمة العبد أو قلت وعنـد اختيار المولى الفداء ينتقل الحق من الدفع الى الفداء سواء كان المجنى عليه واحدا أو أكثر غير انه ان كان واحدا دفع اليه و يصير كله مملوكا له وان كانوا جماعة يدفع اليهم وكان مقسوما بينهم على قدر ارش جناياتهم وسواء كان على العبد دين وقت الجناية أو لم يكن وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا مات العبد الجانى قبل اختيار الفداء بطل حق المجنى عليه أصلا لان الواجب دفع العبد على طريق التعيين وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد فيسقط الحق أصلا ورأسا وهذا يدل على أن قول من يقول حكم هذه الجناية تخير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عنـد هلاك العبد ولم يبطل حق المجنى عليه أصـلا على ما هو الاصل فى المخير بين شيئين اذا هلك أحدهما أنه يتعين عليـه الآخر ولو مات بعد اختيار الفداء لا يبرأ بموت العبد لانه لما اختار الفداء فقد انتقل الحق من رقبته الى ذمة المولى فلا تحتمل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد أقل من الدية فليس على المولى الا الدفع لان وجوب الدفع حكم لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها فلو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه اليهم لان تعلق حق المجنى عليـه للاول لا يمنع حق الثانى والثالث لان ملك المولى لما لم يمنع التعلق فالحق أولى لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوما بينهم بالحصص قدر ارش جناياتهم فان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن الفائت فيتقدر بقدر الفائت وان شاء أمسك العبد وغرم الجنايات بكمال أروشها ولو أراد المولى أن يدفع من العبد الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه و يفدى بعض الجنايات له ذلك بخلاف ما اذا كان القتيل واحدا وله وليان فأراد المولى دفع العبد الى أحدهما والفداء الى الآخر أنه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع على التعيين وعند اختيار الفداء وجوب الفداء على التعيين ولا يجوز أن يجمع فى جناية واحدة بين حكمين مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة وله خيار الدفع والفداء فى كل واحد منهـما والدفع فى البعض والفداء فى البعض لا يكون جمعا بين حكمين مختلفين فى جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وفقأ عين آخر فان اختار الدفع دفعه اليهما أثلاثا لتعلق حقهما بالعبد أثلاثا وان اختار الفداء فدى عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شج انسانا شجاجا مختلفة انه ان دفع العبد اليهم كان مقسوما بينهم على قدر جناياتهم وان اختار الفداء فدى عن الكل

بارو شها ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع الا أنه يدفعه مشغولا بالدين فان فدى بالدية يباع العبد فى الدين لانه لما فدى فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا أن يستخلصه المولى لنفسه و يقضى دين الغرماء وان اختار الدفع الى أولياء الجناية فدفعه اليهم يباع لاجل الغرماء فى دينهم وانما بدئ بالدفع لا بالدين لان فيه رعاية الحقين حق أولياء الجناية بالدفع اليهم وحق أصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدئ بالدين فبيع به لبطل حق أولياء الجناية فى الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشترى فلذلك بدئ بالدفع وفائدة الدفع الى أولياء الجناية ثم البيع هى أن يثبت لهم حق استخلاص العبد بالفداء لان للناس أغراضاً فى الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شئ من ثمن العبد كان الفضل لاولياء الجناية لان العبد بيع على ملكهم لصيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالدين يتأخر ما بقى الى ما بعد العتاق كما لو بيع على ملك المولى الاول ولا يضمن المولى لاصحاب الدين بدفع العبد الى أولياء الجناية شيأ استحسانا والقياس أن يضمن (وجه) القياس أن الدفع اليهم تمليك منهم بعد تعلق الدين برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين لما بينا ومن فعل ما وجب عليه لا يضمن ولو حضر الغرماء أولا فباع المولى العبد فان فعل ذلك بغير أمر القاضى ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفداء ولزمه الارش وان كان غير عالم بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان رفع الى القاضى فان كان القاضى عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال حق أولياء الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجناية فباعه بالدين ببينة قامت عنده أو بعلمه ثم حضر أولياء الجناية ولا فضل فى الثمن بطلت الجناية وسقط حق أولياء الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا لانه لا سبيل الى تضمين القاضى لانه فيما يصنعه أمين فلا تلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع بالجناية لوقعت الحاجة الى البيع ثانياً فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات ولو مات لبطل حق أولياء الجناية أصلا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتل العبد الجانى قبل الدفع فان كان القاتل حراً يأخذ المولى قيمته و يدفعها الى ولى الجناية ان كان واحدا وان كانوا جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقوم مقامه الا أنه لا خيار للمولى بين القيمة والفداء حتى لو تصرف فى تلك القيمة لا يصير مختاراً للفداء ولو تصرف فى العبد يصير مختارا للفداء على ما نذكر وانما كان كذلك لان القيمة دراهم أودنانير فان كانت مثل الارش فلا فائدة فى التخيير وكذلك ان كانت أقل من الارش أو أكثر منه لانه يختار الاقل لا محالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغائب فى الاعيان وكذلك ان قتله عبد أجنبى خير مولاه بين الدفع والفداء وفدى بقيمة العبد المقتول أن المولى يأخذ القيمة و يدفعها الى ولى الجناية لما قلنا ولو دفع القاتل الى مولى العبد المقتول يخير مولى العبد المقتول بين الدفع والفداء حتى لو تصرف فى العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للفداء لان العبد القاتل قام مقام المقتول لحما ودما فكان الاول قائم وان قتله عبد آخر لمولاه يخير المولى فى شيئين فى العبد القاتل بين الدفع والفداء لان تعلق حق ولى الجناية بالعبد جعل المولى كالاجنبى فصار كان عبد أجنبى قتل العبد الجانى وهناك يخير بين الدفع والفداء بقيمة المقتول كذا ههنا وكذلك لو قتل عبد رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه هذا العبد يخير المولى بين دفعها وفدائها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه رجلا آخر خطأ ثم ان العبد قتل الامة خير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى بالدية وقيمة الامة وان اختار الدفع ضرب فيه أولياء قتيل العبد بالدية وأولياء قتيل الامة بقيمة الامة لان الجناية عليها كالجناية على أمة أجنبى قتلت رجلا خطأ ولو كانت قيمة الامة الفا كان العبد مقسوما بينهم على احد عشر سهما سهم لاولياء قتيل الامة وعشرة أسهم لاولياء قتيل العبد فان قطع عبد لاجنبى يد العبد الجانى أو فقأ عينه أو جرحه جراحة تخير مولى العبد القاطع أو الفاقئ أو الجارح بين الدفع والفداء فان دفع عبده أو فداه بالارش فمولى العبد المقطوع يخير بين الدفع والفداء فان

شاءدفع عبده المقطوع مع العبد القاطع أومع ارش يدعبده المقطوع وان شاءفدى عن الجناية بالارش لان العبد المقطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه وارش يده بدل جزئه وكذا العبد المدفوع قائم مقام يده فكان واجب الدفع الا أن يختار الفداء فينقل الحق من العبد الى الارش ولو كسب العبد الجانى كسبا أوكان الجانى أمة فولدت بعد الجناية فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش أنه يدفع والفرق أن الارش بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الارش ثم اختلف المولى وولى الجناية فادعى المولى ان القطع كان قبل جنايته وان الارش سالم له وادعى ولى الجناية انه كان بعدها وانه مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لان الارش ملك المولى كالعبد لانه بدل ملكه فولى الجناية يدعى عليه وجوب تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد عبد أو فقئت عينه وأخذ المولى الارش ثم جنى جناية فان شاء المولى اختار الفداء وان شاء دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان أخذ من الارش لان وجوب الدفع بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا بخلاف ما اذا قطعت يده بعد الجناية انه يدفع مع ارش اليد لان العبد وقت الجناية عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه والارش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد ولو قتل قتيلا خطأ ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا آخر خطأ فارش يده يسلم لولى الجناية الاولى لان حقه كان متعلقا بجميع أجزائه وقت الجناية والارش بدل الجزء فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثانى فلم يتعلق بالجزء لانعدامه وقت الجناية ثم يدفع العبد فيكون بين وليى الجنايتين على تسعة وثمانين جزأ لان موضوع المسئلة فيما اذا كانت قيمة العبد ألف درهم فنقول حق ولى كل جناية فى عشرة آلاف وقد استوفى ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة فيجعل كل خمسمائة سهما فيكون كل العبد أربعين سهما حق كل واحد منهما فى عشرين وقد أخذ ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة أو بقى حقه فى تسعة عشر سهما ولم يأخذ ولى الجناية الثانية شيأ فبقى حقه فى عشرين جزأ من العبد وان اختار الفداء فدى عن كل واحد من الجنايتين بعشرة آلاف لان ذلك ارشها ولو شج انسانا موضحة وقيمته ألف درهم ثم قتل آخر وقيمته ألفان فان اختار الفداء فدى عن كل واحدة من الجنايتين بارشها وان اختار الدفع دفعه مقسوما بينهما على أحد وعشرين سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون لولى القتيل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما به وصاحب الموضحة حقه فى خمسمائة وحق ولى القتيل فى عشرة آلاف فيجعل كل خمسمائة سهما فتكون القسمة على أحد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة أيضا لانها صفة الاصل واذا ثبتت الشركة فى الاصل ثبتت فى الصفة وكذلك لو قتل انسانا خطأ وقيمته وقت القتل ألفان ثم عمى بعد القتل قبل الشجة ثم شج انسانا موضحة كانت القسمة بينهما على احد وعشرين وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضا لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى جناية ففداه المولى ثم جنى جناية أخرى خير المولى بين الدفع والفداء لانه لما فدى فقد طهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يجن فاذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وهو الدفع أو الفداء بخلاف ما اذا جنى ثم جنى جناية أخرى قبل اختيار الفداء انه يدفع اليهما جميعا أو يفدى لانه لما لم يفد للاولى حتى جنى ثانيا فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع اليهما أو يفدى ولو قتل العبد رجلا وله وليان فدفعه المولى الى أحدهما فقتل عبده رجلا آخر ثم حضر و يقال للمدفوع اليه ادفع نصف العبد الى ولى القتيل الثانى أو نصف الدية وأما النصف الآخر فيؤمر بالرد على المولى بين الدفع الى ولى الجناية الثانية وولى الجناية الاولى الذى لم يدفع اليه (أما) وجوب دفع نصف العبد على المدفوع اليه الى ولى القتيل الثانى أو الفداء فلانه ملك نصف العبد بالدفع فيخير فى جنايته بين الدفع والفداء (وأما) وجوب رد نصف العبد الى المولى فلانه أخذه بغير حق فعليه رده لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا يخير المولى فى النصف بين الدفع الى ولى الجنايتين و بين الفداء لان وقت الجناية الاولى كان كل العبد على ملكه ووقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع أو الفداء

فان اختار الفداء فدى لكل واحد منهما بنصف الدية وان دفع دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر تعلق الحق وحق كل واحد منهما تعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل النصف الى ولى الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع من المولى الربع فسلم له ثلاثة أرباع العبد وسلم لولى الجناية الاولى الذى لم يدفع اليه العبد الربع فصار العبد بينهما أرباعا ثلاثة أرباعه لولى الجناية الثانية وربعه لولى الجناية الاولى وبقى الى تمام حقه الربع ثم لا يخلو اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى فان كان الدفع بقضاء لا يضمن المولى لان الدفع اذا كان بقضاء كان هو مضطراً فى الدفع فلا يضمن ولا سبيل الى تضمين القاضى لان القاضى فيما يصنع أمين فلا تلحقه العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه بغير حق والقبض بغير حق سبب لوجوب الضمان كقبض الغصب ولا يخرج عن الضمان بالرد الى المولى لانه لم يرده على الوجه الذى قبض العبد فارغا ورده مشغولا وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى الجناية الذى لم يدفع اليه العبد بالخيار ان شاء ضمن الولى ربع قيمة العبد وان شاء ضمن القابض ليسلم له نصف العبد ربعه لحم ودم وربعه دراهم ودنانير لانه وجد سبب وجوب الضمان فى حق كل واحد منهما الدفع من المولى والقبض من القابض فان اختار تضمين المولى فالمولى يرجع على القابض وان اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى لان حاصل الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحد ولي القتيلين فقتل عنده قتيلا آخر واجتمعوا فان القابض يدفع نصف العبد بالجناية أو يفدى نصف الجناية لما ذكرنا فى الفصل الاول ثم يقال للمولى ادفع النصف الباقى الى ولى الجناية الثالثة أوأفد بنصف الدية خمسة آلاف لانه قد وصل اليه نصف العبد وبقى حقه فى النصف ويفدى لولى الجناية الثانية بكمال الدية عشرة آلاف لانه لم يصل اليه شئ من حقه وله ان يدفع نصف العبد اليهما فان دفع اليهما كان مقسوما بينهما على قدر حقيهما فيضرب ولى الجناية الثانية فيه بعشرة آلاف وولى الجناية الثالثة بخمسة آلاف فيصير نصف العبد بينهما أثلاثا ثلثاه لولى الجناية الثانية وثلثه لولى الجناية الثالثة وبقى من حق الثانى السدس لان حقه فى نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فبقى الى تمام حقه السدس فان كان الدفع بقضاء القاضى ضمن القابض المولى وان كان بغير قضاء فان شاء ضمن المولى وان شاء ضمن القابض كما فى المسئلة المتقدمة ولو قتل العبد انسانا وفقأ عين آخر فدفع المولى العبد الى المفقوءة عينه فقتل فى يده قتيلا يقال للمفقوءة عينه ادفع ثلث العبد الى ولى القتيل الثانى اوافده بالثلث ورد الثلثين على المولى لانه أخذ الثلث بحق ملكه وأخذ الثلثين بغير حق فيؤمر بالرد الى المولى ثم يخير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى للاول بتمام الدية عشرة آلاف وللثانى بثلثى الدية وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوماً بينهما على قدر حقهما فيتضار بان يضرب الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بثلثى الدية ستة آلاف وستة وستين وثلثين فاجعل كل الف سهما وستمائة فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهما وثلثين فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهما وقد أخذ ولى القتيل الثانى منه ثلثه وهو ثمانية وثلث وبقى ثلثاه فيكون بينهما لولى القتيل الاول عشرة ولولى القتيل الثانى ستة وثلثان ثم ولى القتيل الاول يرجع على القابض وهو المفقوءة عينه بستة أجزاء من ستة عشر جزأ وثلثى جزء من ثلثى قيمته لان هذا القدر كان حقه وقد فات عليه بسبب كان فى يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمنه لولى القتيل الاول فان كان الدفع بغير قضاء القاضى له أن يأخذ أيهما شاء كما فى الفصل الاول وطريقة أخرى فى الحساب انه اذا دفع ثلثى العبد اليهما وضرب أحدهما بالدية والآخر بثلثى الدية يجعل كل ثلث سهما فيصير كل الدية ثلاثة أسهم وثلثا الدية سهمين فيصير ثلثا العبد على خمسة أسهم للاول ثلاثة وللآخر سهمان ويصير الثلث الآخر سهمين ونصف فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقع فيه كسر فيضعف فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع الى الآخر وثلثا العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلاثة أخماسه وهو ستة أسهم والآخر بأربعة أسهم ثم

يرجع الاول على القابض بخمس ثلثي قيمة العبد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتلت أمة رجلا ثم ولدت بنتا فقتلت البنت رجلا ثم ان البنت قتلت أمها فالمولى يخير بين دفع البنت الى ولى الجنايتين و بين الفداء فان اختار الفداء فدى لاولياء قتيل البنت بالدية ولاولياء قتيل الام بقيمة الام لما ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق المجنى عليه وهو حق الدفع الحق المولى بالاجنبى فتصير كانها جنت على جارية أخرى لاجنبى وان اختار الدفع ضرب أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة على احدى عشر سهما كل الف درهم سهم سهم من ذلك لاولياء قتيل الام وعشرة أسهم لاولياء قتيل البنت ولو كانت البنت فقأت عين الام ولم تقتلها فالمولى يخير بين الدفع والفداء لا يخلو (اما) ان يختار دفعهما جميعا (واما) ان يختار فداءهما جميعاً (واما) ان يختار فداء البنت ودفع الام (واما) ان يختار فداء الام ودفع البنت فان اختار دفعهما جميعاً يدفع الام الى أولياء قتيل الام وهذا ظاهر و يدفع البنت الى أولياء قتيل البنت والى أولياء قتيل الام وكانت مقسومة بينهم على قدر حقوقهم فيتضاربون فيها يضرب اولياء قتيل البنت فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لانها فقأت احدى عينيها والعين من الآدمى نصفه فان اختار فداءهما جميعاً فدى الكل فريق من أولياء الجنايتين بتمام الدية لان ذلك أرش كل واحد من الجنايتين وسقطت جناية البنت على الام لانهما جميعا ملك المولى وقد طهرتا عن الجناية بالفداء وخلص ملك المولى فيهما فبقيت جناية البنت عليهما جناية ملك المولى على ماسكة فتكون هدرا وان اختار دفع الام وفداء البنت دفع الام الى أولياء قتيل الام ثم يفدى البنت يفدى لاولياء قتيل البنت بالدية ولاولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفداء الام يدفع البنت الى أولياء قتيل البنت و يفدى لاولياء قتيل الام بكمال الدية و بطلت جناية البنت على الام لان الام طهرت بالفداء وخلص ملك المولى فيها فصار جناية البنت على أمها جناية ملك المولى على ملكه فتكون هدرا ولو أن الام بعد ذلك فقأت عين البنت قبل أن تدفع واحدة منهما فان المولى يخير فيهما جميعا فيبدأ بالبنت لانها هى التى بدأت بالجناية فيدفع الى أولياء الجنايتين فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا فى المسئلة الاولى ثم يدفع الام اليهم فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل الام بالدية الا ماوصل اليهم من أرش البنت و يضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت لان كل واحدة منهما جنت جنايتين فتدفع كل واحدة بجنايتها طعن فى هذا الجواب وقيل ينبغى اذا دفع البنت فى الابتداء أن يضرب فيها أولياء قتيل الام بنصف قيمة الام وأولياء قتيل البنت بالدية الا ما يصل اليهم فى المستأنف لانه يصل اليهم بعض الام فينبغى أن لا يضربوا بتمام الدية والصحيح ماذكر فى الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق أولياء قتيل البنت فى تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شئ فوجب أن يضربوا بجميع ذلك والزيادة التى تظهر لهم فى المستأنف لا عبرة بها لان القسمة قد صحت وقت الدفع فلا تتغير بعد ذلك كما قالوا فى رجل مات وعليه لرجل ألف ولآخر ألفان وترك ألفاً فاقتسماها أثلاثا ثم ان صاحب الالفين أبرأ الميت عن ألف ان القسمة الاولى لا تنتقض كذا هذا ولو جنت الامة جناية ثم ولدت ولداً فقطع ولدها يدها يدفع الولد مع الام لما ذكرنا أن الولد فى حكم الجناية على الام بمنزلة الاجنبى فصار كأن عبد أجنبى قطع يدها ودفع بالجناية وهناك يدفع العبد مع الجارية لكونه قائما مقام يد الجارية كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصير به المولى مختارا للفداء وبيان صحة الاختيار فنقول ما يصير به المولى مختارا للفداء نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو الصريح بلفظ الاختيار وما يجرى مجراه نحو أن يقول اخترت الفداء أو آثرته أو رضيت به ونحو ذلك سواء كان المولى موسراً أو معسرا فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه فيسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو اختار الفداء ثم تبين أنه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية دينا عليه (وعندهما) يسار المولى شرط صحة اختياره الفداء ولا يصح اختياره اذا كان معسراً الا برضا الاولياء و يقال له اما أن تدفع أو تفدى حالا كذا ذكر الاختلاف

فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى قول محمد مع قول أبى حنيفة فى جواز الاختيار وقال الآن عند محمد الدية تكون فى عين العبد لولى الجناية بيعه فيها المولى لولى الجناية وهكذا روى عن أبى يوسف (وجه) قولهما أن الحكم الاصلى لهذه الجناية هو لزوم الدفع وعند الاختيار ينتقل الى الذمة فيتقيد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع الاعسار فلا ينتقل اليها فيبقى العبد واجب الدفع ولابى حنيفة رحمه الله أن العزيمة ماقالا وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفداء عند الاختيار والاعسار لا يمنع صحة الاختيار لانه لا يقدح فى الاهلية والولاية وقد وجد الاختيار مطلقاً عن شرط السلامة فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل (وأما) الدلالة فهى أن يتصرف المولى فى العبد تصرفا يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية يكون اختيار للفداء لان حق المجنى عليه متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفى تفويت الدفع تفويت حقه والظاهر أن المولى لا يرضى بتفويت حقه مع العلم بذلك الا بما يقوم مقامه وهو الفداء فكان اقدامه عليه اختيارا للفداء وعلى هذا الاصل يخرج المسائل اذا باع العبد بيعا باتا وهو عالم بالجناية صار مختارا لانه تصرف مزيل للملك فيفوت الدفع وكذا اذا باع بشرط خيار المشترى أما على أصلهما فلا يشكل لان المبيع دخل فى ملك المشترى (وأما) على أصل أبى حنيفة فلان خيار المشترى ان كان يمنع دخول المبيع فى ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البائع وهذا يكفى دلالة الاختيار لانه يفوت الدفع ولو باع على أنه بالخيار فان مضت مدة الخيار قبل مضى المدة كان مختاراً لان البيع انبرم قبل الدفع ولو نقض البيع لم يكن مختارا لان الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض العبد على البيع لم يكن ذلك اختيارا عند اصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله يكون اختيارا (وجه) قوله أن العرض على البيع دليل استيفاء الملك الا ترى أن المشترى بشرط الخيار اذا عرض المشترى على البيع بطل اختياره فكان دليل امساك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار الفداء لما بينا (ولنا) أن العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امساك العبد أيضاً بل هو دليل الاخراج من الملك فلا يصلح دليل اختيار الفداء ولو باعه بيعاً فاسدا لم يكن مختارا حتى يسلمه الى المشترى لان الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع ولو وهبه من انسان وسلمه اليه صار مختاراً لان الهبة والتسليم يزيلان الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجنى عليه لا يصير مختاراً ولا شئ على المولى ولو باعه من المجنى عليه كان مختاراً لان التسليم بالهبة فى معنى الدفع لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لانه تمليك بعوض والدفع تمليك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الاقدام على البيع منه اختياراً للفداء وكذلك لو تصدق به على انسان أو على المجنى عليه فهو والهبة سواء لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض ولو اعتقه أو دبره أو كانت امة فاستولدها وهو عالم بالجناية صار مختاراً لان هذه التصرفات تفوت الدفع اذ الدفع تمليك وانها تمنع من التمليك فكانت اختياراً للفداء ولو كانت جناية العبد فيما دون النفس فأمر المولى المجنى عليه باعتاقه وهو عالم بالجناية صار المولى مختارا للفداء لان اعتاقه بأمره مضاف اليه فكان دليل اختيار الفداء كما لو أعتق بنفسه ولو قال لعبده ان قتلت فلانا فانت حر فقتله صار مختارا للفداء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يكون مختارا (وجه) قوله انه انما صار معتقاً بالقول السابق وهو قوله أنت حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختارا (ولنا) أن المعلق بالشرط يصير منجزا عند وجود الشرط بتنجيز مبتدإ كأنه قال له بعد وجود الجناية أنت حر ونظيره اذا قال لامرأته وهو صحيح اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فارا عن الميراث حتى ترثه المرأة وان كان التعليق فى حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو أخبر المولى انسان ان عبده قد جنى فاعتقه فان صدقه ثم أعتقه صار مختارا للفداء بلا خلاف وان كذبه فاعتقه لا يصير مختارا عند أبى حنيفة رحمه الله مالم يكن المخبر رجلان أو رجل

واحد

واحد عدل وعندهما يصير مختارا للفداء ولا يشترط العدد فى المخبر ولا عدالته وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية صار مختارا اختيارا على التوقف لفوات الدفع فى الحال على التوقف فان أدى بدل الكتابة فعتق تقرر الاختيار وان عجز ورد فى الرق ينظر فى ذلك ان خوصم قبل أن يعجز فقضى بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء لان الدية كانت وجبت بالكتابة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضاء به وان لم يخاصم حتى عجز كان للمولى ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع والبتات لاحتمال ان يعجز فان عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه وروى عن أبى يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسها لزوال يده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد أنه لا يكون اختيارا بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة وهى تعلق العتق بالاداء تثبت بنفس العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم (وأما) الاجارة والرهن والتزويج بان زوج العبد الجانى امرأة أو زوج الامة الجانية انسانا فهل يكون اختيارا ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا يكون اختيارا لان الدفع لم يفت لان الملك قائم فكان الدفع ممكنا فى الجملة وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يكون اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبه البيع والتزويج تعييب فاشبه التعييب حقيقة ولو أقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر فى الاصل لان الاقرار به لغيره لا يفوت الدفع لان المقر مخاطب بالدفع أو الفداء وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره أنه يكون مختارا لان اقراره به لغيره فى معنى التمليك منه اذ العبد ملكه من حيث الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا أقر به لغيره فكانه ملكه منه ولو قتله المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله أجنبى فان كان عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف هو مال فتبطل الجناية وان كان خطأ يأخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولى الجناية ولا يخير المولى فى القيمة على ما بينا فيما تقدم ولو لم يقتله المولى ولكن عيبه بان قطع يده أو فقأ عينه أو جرحه جراحة أو ضربه ضربا أثر فيه ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء لانه بالنقصان حبس عن المجنى عليه جزأ من العبد وحبس الكل دليل اختيار الفداء لانه دليل امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء ولان حكم الجزء حكم الكل والله سبحانه أعلم ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض فان ذهب قبل أن يخاصم فيه بطل الاختيار ويؤمر بالدفع أو الفداء لانه انما جعل مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خوصم فى حال البياض فضمنه القاضى القيمة ثم زال البياض فقضاء القاضى نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد استقر باتصال القضاء به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا للفداء لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل به خيار الشرط فلا يكون دليلا على امساك العبد لنفسه فان عطب فى الخدمة فلا ضمان عليه وبطل حق ولى الجناية لان الاستخدام ليس باختيار لما بينا ولم يوجد منه تصرف آخر يدل على الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجانى أمة فوطئها المولى فان كانت بكرا فقد صار مختارا لانه فوت جزأ منها حقيقة بازالة البكارة وهى ازالة العذرة وان كانت ثيبا فان علقت منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يصير مختارا سواء علقت منه أو لم تعلق (وجه) هذه الرواية ان حل الوطء لا بد له من الملك اما ملك النكاح أو ملك اليمين ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الحل فكان اقدامه على الوطء دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار (وجه) ظاهر الرواية أن الوطء ليس الا استيفاء منفعة البضع وأنه لا يوجب نقصان العين حقيقة لان منفعة البضع لا جزأ من العين حقيقة الا انها الحقت بالاجزاء وقدر النقصان عند الاستيفاء فى غير الملك اظهارا لخطر البضع والاستيفاء ههنا حصل فى الملك فلا حاجة الى الالحاق فانعدم النقصان حقيقة وتقديرا ولو أذن له فى التجارة فركبه دين لم يصر المولى مختارا وعليه قيمته (اما) عدم صيرورته مختارا فلان الاذن لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحوق الدين ولا بعده وأما لزوم

القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد يوجب نقصانا فيه بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فتلزمه قيمته حين لو رضى ولى الجناية بقبوله مع النقصان لاشئ على المولى ثم جميع مايصير به مختار اللفداء مما ذكرنا اذا فعله وهو عالم بالجناية فان كان لم يعلم لم يكن مختارا سواء كانت الجناية على النفس أو على مادون النفس لان الاختيار ههنا اختيار الايثار وانه لا يتحقق بدون العلم بما يختاره وهو الفداء عن الجناية واختيار الفداء عن الجناية اختيار الايثار واختيار الايثار بدون العلم بالجناية محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية وان كانت على مادون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت الدفع المستحق من غير اختيار الفداء فيضمن القيمة ولو باعه بيعا باتا وهو لا يعلم بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضاء القاضي أو بخيار رؤية أو شرط يقال له ادفع أو أفد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصر مختارا لما بينا ولو كان بعد العلم فعليه الفداء لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختار اللفداء لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاشياء فسخ للعقد من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شاء الله تعالى ولو قطع العبد يد انسان أو جرحه جراحة نخير فيه فاختار الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع في الحالين جميعا وان اختار الفداء ثم مات يبطل الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد استحسانا وهو قول أبي يوسف الاول والقياس أن لا يبطل وعليه الدية وهو قول أبي يوسف الاخير ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة رحمه الله وذكر الطحاوى قوله مثل قول محمد ولو كان اختار الفداء بالاعتاق بان عتق العبد للحال حتى صار مختار اللفداء ثم مات المجنى عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا (وجه) القياس أن المولى لما اختار الفداء عن أصل الجناية فقد صح اختياره ولزمه موجبها بالسراية لم يتغير أصل الجناية وانما تغير وصفها والوصف تبع للاصل فكان اختيار الفداء عن المتبوع اختيارا عن التابع (وجه) الاستحسان أن اختيار الفداء عن القطع لما سرى الى النفس ومات فقد صار قتلا وهما متغايران فاختيار الفداء عن أحدهما لا يكون اختيارا عن الآخر فيخير اختيارا مستقبلا بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لأن اقدامه على الاعتاق مع علمه أنه ربما يسرى الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق دلالة اختيار الكل والرضا به وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانه لم يرض بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الفداء الواجب عند الاختيار فهو أنه يجب في ماله حالا لا مؤجلا لان الحكم الاصلي لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفداء كالخلف عنه فيكون على نعت الاصل ثم الدفع يجب حالا في ماله لا مؤجلا فكذلك الفداء والله سبحانه وتعالى الموفق هذا اذا كان العبد القاتل قنا فان كان مدبرا فجنايته على مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام في مواضع في بيان ما تظهر به جنايته وفي بيان أصل الواجب ومن عليه وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته أما الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن وقد ذكرناه ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شئ ولا يتبع المدبر بعد العتاق كجناية القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح (وأما) بيان أصل الواجب بهذه الجناية فاصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهما انهما قضيا بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد منهم فيكون اجماعا من الصحابة والقياس يترك بمقابلة الاجماع ولان الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى وبالتدبير منع من الدفع من غير اختيار الفداء والمنع من الدفع من غير اختيار الفداء يوجب القيمة على المولى كالو دبر القن وهو لا يعلم الجناية (أوأما) مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية ان كانت هي الاقل فلا حق لولى الجناية في الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يمنع المولى بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته وبين الدية لانه تخيير بين الاقل والاكثر وأنه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته أكثر من الدية أو مثل

الدية فعليه قدر الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد فى الجناية لا تزاد على دية الحر بل ينقص منها عشرة وسواء قلت جنايته أو كثرت لا يلزم المولى من جناياته أكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية والمنع منع واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة فى جناية المدبر بمنزلة العين فى جناية القن قلت جنايته أو كثرت ولا يجب شئ آخر مع الدفع كذلك ههنا وتقسم قيمته بين أولياء الجنايات على قدر جناياتهم يستوى فيها الاول والثانى لان القسمة فى دفع العين هكذا فكذلك قيمة المدبر وسواء قبض ما على المولى أو لم يقبض يشتركون فيه فيتضاربون بقدر حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير وان كان سبب وجوب الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير ذلك سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فكانه أنشأ التدبير عندهما وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة لان حكم جنايته يلزم مولاه فيستوى فيه بقاء المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلا لان حكم جنايته وجوب الدفع وبالموت خرج عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمته ألف ثم عمى لم يحط عن المولى شئ وعليه قيمته تامة لان نقصانه هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيأ فكذا هلاك البعض ولو قتل انسانا ثم قتل آخر لا يلزم المولى الا قيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى لم يلزمه الا قيمة واحدة لان سبب وجوب الضمان هو المنع وأنه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة ولو قتل انسانا خطأ ثم قتل آخر خطأ ثم دفع المولى القيمة الى ولى القتيل الاول فالدفع لا يخلوا ما ان كان بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى فان كان بقضاء القاضى فلا سبيل لولى القتيل الثانى على المولى لانه كان مجبورا على الدفع والمجبور معذور وله أن يتبع ولى القتيل الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة بغير حق وان كانت الجنايتان مختلفتين بان كانت احداهما نفساً والاخرى ما دون النفس فالثانى يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى القتيل الثانى بالخيار ان شاء ضمن المولى نصف القيمة وان شاء ضمن ولى القتيل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان المولى متعد فى دفع العبد والقابض متعد فى قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انسانا خطأ فدفع القيمة الى ولى القتيل ثم قتل آخر خطأ فهذا والاول سواء فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة والامر فيه على التفصيل الذى ذكرنا وعندهما لولى القتيل الثانى أن يضمن المولى وله أن يضمن ولى القتيل الاول سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء فهما فرقا بين الفصلين وأبو حنيفة عليه الرحمة جمع بينهما (وجه) الفرق لهما أن المولى ههنا ليس بمتعد فى حق ولى القتيل الثانى لان الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفى الفصل الاول كانت الجنايتان موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول تعديا فيضمن (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد فى حق الاول والثانى جميعا فصار كان الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير المولى متعديا فى الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضاء لان قضاء القاضى صيره مجبورا فى الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السواء فاما اذا كانت مختلفة بان قتل رجلا وقيمته ألف ثم ازدادت قيمته فصارت ألفين ثم قتل آخر يضمن المولى لولى القتيل الثانى ألفاً آخر ولا حق لولى القتيل الاول فى الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة الى الثانى ويقسم تلك القيمة وهى الالف بين أولياء الاول والثانى يتضاربون فيها فيضرب الاول فيها بعشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف لانه قد وصل اليه ألف من عشرة آلاف فكانت قسمة تلك الالف على تسعة عشر سهما عشرة أسهم للاول وتسعة أسهم للثانى ولو كانت قيمته وقت قتل الاول ألفين ووقت قتل الثانى ألفا لا يضمن المولى شيأ والالف تكون لولى القتيل الاول سالما والالف للآخر تقسم بينهما على تسعة عشر سهما عشرة اسهم لولى القتيل الثانى وتسعة أسهم لولى القتيل الاول ولو قتل انسانا

وقيمته الف ثم ازدادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ثم قتل آخر فزيادة الخمسمائة سالمة لولى القتيل الثانى لا حق فيها لولى القتيل الاول لانها لم تكن موجودة وقت الجناية الاولى والالف تكون بين وليي القتيلين يتضاربون فيها فيضرب ولى القتيل الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف وخمسمائة لانه وصل اليه خمسمائة من عشرة آلاف فكانت قسمة الالف بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانا نجعل كل خمسمائة سهما تسعة عشر لولى القتيل الثانى وعشرون لولى القتيل الاول والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الواجب بهذه الجناية فهى انها تجب فى مال المولى حالا لانه ضمان المنع من الدفع من غير اختيار الفداء وأنه يوجب القيمة فى مال المولى حالا كما لو دبر العبد الجانى وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالخلف عن ضمان الدفع والدفع يجب من ماله حالا كذلك ههنا والله تعالى الموفق للصواب وان كان القاتل أم ولد فأم الولد فى جميع ما وصفنا والمدبر سواء لان الواجب فى جنايتهما ضمان المنع أيضا الا أن جهة المنع تختلف فالمنع فى أم الولد بالاستيلاد وفى المدبر بالتدبير لذلك استويا فى حكم الجناية والله تعالى أعلم وان كان القاتل مكاتبا فقتل أجنبيا خطأ فجنايته على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما تظهر به جنايته وفى بيان أصل الواجب ومن عليه وفى بيان كيفية الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان صفته (أما) الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن والمدبر وأم الولد وتظهر أيضا باقراره بالجناية بخلاف جناياتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح أصلا واقرار المكاتب على نفسه لانه أحق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال لانه صالح عن حق ثابت له ظاهرا ولو أقر وصالح ثم عجز فحكمه نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما أصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان موجب جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وأم الولد لان امتناع الدفع حصل بشئ من قبله وهو قبول الكتابة فكانت قيمته عليه بخلاف القن والمدبر وأم الولد (وأما) كيفية الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه قال علماؤنا الثلاثة ان قيمته تصير دينا فى ذمته على طريق القطع والبتات وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل أنه يخاطب المولى بالدفع أو الفداء عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى أولياء القتيل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية أخرى عقيب الاولى بلا فصل لا يجب عليه الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب عليه قيمة أخرى عقيب الاولى ولا خلاف فى أنه اذا جنى جناية وقضى القاضى عليه بالقيمة ثم جنى جناية أخرى أنه تجب عليه قيمة أخرى ووجه الفرق لاصحابنا الثلاثة رحمهم الله أن القاضى لما قضى بالقيمة فى الجناية الاولى فقد صارت القيمة دينا فى ذمته حتما من غير تردد والجناية الثانية صادفت رقبة فارغة فتقتضى بقيمة أخرى وأما قبل القضاء فالرقبة مشغولة بالاولى والمشغول لا يشغل (وجه) قول زفر رحمه الله أن الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه اذ لا خراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضاء القاضى (ولنا) ان الحكم الاصلى فى جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه ههنا لعارض لم يقع اليأس عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه ربما يعجز فيرد فى الرق فيتبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته دينا فى ذمته الا من حيث الظاهر والامر فى الحقيقة على التوقف وانما يرتفع التوقف باحدى معان اما بأداء القيمة الى ولى القتيل لان الاداء كان واجبا عليه فاذا أدى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه أو بالعتق (اما) باداء بدل الكتابة (واما) بالاعتاق المبتدإ أو بالموت عن وفاء أو ولد لانه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته واذا عتق يتقرر حقه فى كسبه ويقع اليأس عن الدفع فتتقرر القيمة واذا ترك ولدا ولم يترك وفاء فعقد الكتابة يبقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم أبيه فيؤدى فيعتق ويعتق أبوه ويستند عتقه الى آخر جزء من أجزاء حياته أو بقضاء القاضى بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به أو بالصلح على القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء هذا اذا ظهرت جناية بالمعاينة أو بالبينة (فأما) اذا ظهرت باقراره فان كان قد أدى القيمة ثم عجز لم يبطل اقراره

ولا

ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم يؤد ولكنه عتق بأداء بدل الكتابة أو باعتاق مبتدإ أو بموت المكاتب عن وفاء أو ولد لما قلنا ولو لم يعتق ولكنه عجز فان كان عجزه قبل قضاء القاضى عليه بالقيمة فاقراره باطل فى حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به للحال ولكن يتبع به بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضاء فقد انفسخ العقد من الاصل وعاد قنا كما كان فتبين انه أقر على مولاه واقرار العبد على المولى باطل الا أنه يتبع بعد العتاق لان اقراره فى حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة بطل اقراره فى حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند أبى حنيفة عليه الرحمة ويتبع بعد العتاق وعندهما لا يبطل اقراره فى حق المولى ويؤخذ به للحال ويباع (وجه) قولهما ان القيمة قد وجبت عليه باقراره من حيث الظاهر لصحة اقراره ظاهراً أو بقضاء القاضى تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالعجز كما لو أقر بدين لانسان ثم عجز ولابى حنيفة رحمه الله أن صحة اقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه أحق بكسبه من المولى فاذا عجز فقد صار المولى أحق باكسابه فبطل اقراره ولو كان مكان الاقرار صلح بان جنى المكاتب جناية خطأ فصالح منها على مال جاز صلحه على ماذكرنا ثم ان كان قد أدى بدل الصلح الى ولى الجناية أو كان لم يؤد لكنه عتق باى طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز بطل المال عنه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء وعندهما لا يبطل ويصير دينا عليه وعلى هذا الخلاف اذا قتل المكاتب انسانا عمداً ثم صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل أداء بدل الصلح انه يبطل الصلح ولا يؤخذ للحال عند أبى حنيفة وعندهما لا يبطل ويؤخذ للحال ولو كان ولى القتيل اثنين فصالح المكاتب أحدهما دون الآخر سقط القصاص عنه وعليه ان يؤدى الى من صالحه ما صالح عليه وينقلب نصيب الآخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية لان الواجب عليه فى كل الجناية الاقل من قيمته ومن الدية فالواجب فى نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبارا للنصف بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال وانما يؤخذ بعد العتاق (وأما) نصيب الآخر فيقال للمولى ادفع نصف العبد أو افد بنصف الدية على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان الصلح قد بطل عنده وعلى قولهما يدفع نصف العبد أو يفدى بنصف الدية والنصف الآخر يباع فى حصة المصالح أو يقضى عنه المولى (وأما) القن اذا قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح العبد أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا ونصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق بلا خلاف (وأما) غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد اليه أو الفداء بنصف الدية ولو مات المكاتب قبل أن يؤخذ شئ من ذلك ولم يترك شيأ أصلا أو لم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجزا فقد مات قنا والقن اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية أصلا ورأسا وما تركه يكون للولى اذا مات عبدا كان المتروك مال المولى فيكون له ولو مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة يبدأ بدين الاجنبى لان دين المولى دين ضعيف اذ لا يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية بالاقوى أولى وحكى عن قتادة رضى الله عنه قال قلت لابن المسيب ان شريحا يقول الاجنبى والمولى يتحاصان فقال سعيد بن المسيب اخطأ شريح وان كان قاضيا قضاء زيد بن ثابت أولى وكان زيد يقول يبدأ بدين الاجنبى فالظاهر أنه كان لا يخفى قضاؤه على الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعا ولو مات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية أولى لانها أقوى ولو مات وترك مالا وعليه دين وكتابة وجناية فان كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية اذا قضى بها صارت دينا فهما دينان فلا يكون أحدهما بالبداية به أولى من صاحبه وان كان لم يقض عليه بالجناية يبدأ بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد فكان الاول آكد وأقوى فيبدأ به ويقضى الدين منه ثم ينظر الى ما بقى فان كان به وفاء بالكتابة فصاحب الجناية أولى فيبدأ به وان لم يكن به وفاء بالكتابة فما بقى يكون للمولى لانه يموت قنا على ما بينا وهذا بخلاف ما قبل الموت ان المكاتب يبدأ بأى الديون شاء ان شاء بدين الاجنبى وان

شاء بارش الجناية وان شاء بمال الكتابة لانه يؤدى من كسبه والتدبير فى اكسابه اليه فكان له أن يبدأ بأى ديونه شاء وعلى هذا قالوا فى المكاتب اذا مات فترك ولدا ان ولده يبدأ من كسبه بأى الديون شاء لانه قام مقام المكاتب فتدبير كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك ولدا لان الامر فى موته الى القاضى فيبدأ بالاولى فالاولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اختلف المولى وولى الجناية فى قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الاول ينظر الى قيمته للحال لان الحال يصلح حكما فى الماضى فيحكم (وجه) قوله الاخير ان ولى الجناية يدعى زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله تعالى الموفق (وأما) قدر الواجب بجنايته فهو الاقل من قيمته ومن الدين لان الارش ان كان أقل فلا حق لولى الجناية فى الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يوجد من المكاتب منع الزيادة فلا تلزمه الزيادة وان كانت قيمته أقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت أكثر من الدية أو قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم فى الجناية بأكثر من هذا القدر سواء كانت الجناية منه أو عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق المكاتب انما يصير سببا عند وجود الجناية فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية والله تعالى أعلم (وأما) صفة الواجب فهى ان يجب عليه حالا لا على العاقلة مؤجلا لان الحكم الاصلى فى جناية العبد هو الدفع وهذا كالخلف عنه والدفع يجب عليه حالا لا مؤجلا فكذا الخلف والله تعالى أعلم هذا اذا كان المقتول أجنبيا (فاما) اذا كان مولى القاتل فالقاتل لا يخلو (اما) ان كان قنا (واما) ان كان مدبرا (واما) ان كان أم ولد (واما) ان كان مكاتبا فان كان قنا فقتل مولاه خطأ فجنايته هدر لان المولى لا يجب له على عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لما مر ولو قتله عمدا وله وليان فعفا أحدهما حتى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذى لم يعف شىء فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله يقال للذى عفا اما أن تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذى لم يعف أو تفديه بربع الدية (وجه) قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما الكل واحد منهما النصف فاذا عفا أحدهما فقد سقط نصف القصاص وانقلب نصيب صاحبه وهو النصف مالا شائعا فى النصفين نصفه وهو الربع فى نصيبه ونصفه فى نصيب الشريك فما كان فى نصيبه يسقط وما كان فى نصيب الشريك يثبت (وجه) قولهما أن الدية اما أن تجب حقا للمولى والوارث يقوم مقامه فى استيفاء حق وجب له واما ان تجب حقا للورثة بانتقال الملك اليهم بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على عبده دين وان كان مدبرا فقتل مولاه خطأ فجنايته هدر وعليه السعاية فى قيمته لانه لو وجبت الدية لوجبت على المولى لانه لو جنى على أجنبى لوجبت الدية عليه فههنا أولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى فى قيمة نفسه لان العتق يثبت بطريق الوصية ألا ترى انه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله عمدا فعليه القصاص ويسعى فى قيمته لما قلنا وورثته بالخيار ان شاؤا عجلوا استيفاء القصاص وبطلت السعاية وان شاؤا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا لانهما حقان ثبتا لهم واختيار السعاية لا يكون مسقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن المقتول بل هى بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان عفا أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو وجب لوجب للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وههنا يمكن لان المدبر يعتق بموت سيده فيسعى وهو حر فلم يكن فى ايجاب الدية عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان أم ولد فقتلت مولاها خطأ أو عمدا فحكمها حكم المدبر وانما يختلفان فى السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر يسعى فى قيمته لان العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق أم الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا وله ابنان من غيرها فعفا أحدهما سعت فى نصف قيمتها للذى لم يعف لان القصاص قد سقط بعفو أحدهما وانقلب نصيب الآخر مالا وانما وجب عليها السعاية فى نصف قيمتها لا فى نصف الدية وان كانت هى حرة وقت وجوب السعاية لانها اعتقت بموت سيدها

وتسعى وهي حرة لانها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجوب السعاية ولو كانت مملوكة في الحالين بان قتلت أجنبيا خطأ لوجبت القيمة وكانت على المولى لا عليها فان كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية اعتبرنا بالحالين فاوجبنا نصف القيمة اعتباراً الى وجود الجناية وأوجدنا ذلك عليها لا على المولى اعتبارا بحال وجوب السعاية اعتبار الحالين بقدر الامكان ولوكان أحد الابنين منها لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها أما عدم وجوب القصاص فلانه لو وجب لوجب مشتركا بينهما ولا يمكن الايجاب في نصيب ولدها اذ لا يجب للولد على أمه قصاص لتعذر الاستيفاء احتراما للام (وأما) لزوم السعاية فلان القصاص سقط للتعذر ولا تعذر في القيمة فتسعى في جميع قيمتها وتكون بينهما وان كان مكاتبا فقتل مولاه خطأ فعليه الاقل من قيمته أو الدية لان جناية المكاتب على مولاه لازمة كجناية مولاه عليه لانه فيما يرجع الى اكسابه وارش جناياته كالاجنبي لانه أحق با كسابه من المولى وتجب القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية مدبره وان كان عمدا فعليه القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم (هذا) اذا كان القاتل والمقتول حرين أوكان القاتل حرا والمقتول عبدا أوكان القاتل عبدا والمقتول حرا فاما اذا كانا عبدين بأن قتل عبد عبدا خطأ فالمقتول لا يخلو اما ان كان عبدا لاجنبي واما ان كان عبد المولى القاتل فان كان عبد الاجنبي بان كان القاتل قنا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء سواء كان المقتول قنا أو مدبرا أو أم ولد او مكاتبا وهذا وما اذا كان المقتول حرا أجنبيا سواء الا ان هناك يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء بالدية وههنا يخاطب بالدفع أو الفداء بالقيمة وان كان القاتل مدبرا أو أم ولد فعلى المولى قيمة الولد والمدبر وأم الولد سواء كان المقتول قنا أو مدبرا او مكاتباً كما اذا كان المقتول حرا أجنبياً وان كان القاتل مكاتباً فعليه قيمة نفسه سواء كان المقتول قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا أجنبيا هذا اذا كان المقتول عبد الاجنبي فان كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر وان كان القاتل قنا أو مدبرا أو أم ولد سواء كان المقتول قنا أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتبا وان كان القاتل مكاتبا فجنايته عليه لازمة كائنا من كان المقتول لما ذكرنا فيما تقدم والله تعالى أعلم بالصواب هذا اذا قتل عبد عبدا خطأ فان قتل عمدا فعليه القصاص كائنا من كان المقتول والله جل شأنه الموفق (وأما) القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو ان يكون على طريق المباشرة ونوع هو في معناه من وجه وهو ان يكون من طريق التسبيب أما الاول فنحو النائم ينقلب على انسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطا من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية لانه اذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك ورودا ههنا دلالة وكذلك لو سقط انسان من سطح على قاعد فقتله (أما) وجوب الدية فلوجود معنى الخطا وهو عدم القصد (وأما) وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لانه مات بثقله سواء كان القاعد في طريق العامة أو في ملك نفسه ولو مات الساقط دون القاعد ينظر ان كان في ملك نفسه أو في موضع لا يكون قعوده فيه جناية لا شئ على القاعد لانه ليس بمتعد في القعود فما تولد منه لا يكون مضمونا عليه و يهدر دم الساقط وان كان في موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد تتحملها العاقلة لانه متعد في القعود فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما في حفر البئر ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسبيب كما في البئر وكذلك اذا كان يمشي في الطريق حاملا سيفا أو حجرا أو لبنة أو خشبة فسقط من يده فقتله لوجود معنى الخطا فيه وحصوله على سبيل المباشرة لوصول الآلة لبشرة المقتول (ولو) كان لابسا سيفا فسقط على غيره فقتله أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته وهو لابسه على انسان فتعقل به فتلف فلا ضمان عليه أصلا لان في اللبس ضرورة اذ الناس يحتاجون الى لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن أيضا وان كان الذي لبسه مما لا يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب اذا كان يسير في الطريق

العامه فوطئت دابته رجلا بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطا فى هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لان ثقل الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافا الى الراكب فكان قتلا مباشرة ولو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن الا انه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل التسبب دون المباشرة ولا كفارة على السائق والقائد ولا يحرمان الميراث والوصية لان فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل فكان قتلا تسبيباً لا مباشرة والقتل تسبيباً لا مباشرة لا يتعلق بهذه الاحكام بخلاف الراكب لانه قاتل مباشرة على ما بينا والرديف والراكب سواء وعليهما الكفارة و يحرمان الميراث والوصية لان ثقلهما على الدابة والدابة آلة لهما فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو نفحت الدابة برجلها أو بذنبها وهو يسير فلا ضمان فى ذلك على راكب ولا سائق ولا قائد والأصل ان السير والسوق والقود فى طريق العامة مأذون فيه بشرط سلامة العاقبة فما لم تسلم عاقبته لم يكن مأذونا فيه فالمتولد منه يكون مضمونا الا اذا كان مما لا يمكن الاحتراز عنه بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل اليه والوطء والكدم والصدم والخبط فى السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة وذود الناس والنفح مما لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعاب فسقط اعتباره والتحق بالعدم وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام قال الرجل جبار أى نفحها ولهذا اسقط اعتبار ما ثار من الغبار من مشى الماشى حتى لو أفسد متاعا لم يضمن وكذا ما أثارت الدابة بسنابكها من الغبار أو الحصى الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا وأما الحصى الكبار فيجب الضمان فيها لانه يمكن التحرز عن اثارتها اذ لا يكون ذلك الا بتعنيف فى السوق ولو كبح الدابة باللجام فنفحت برجلها أو بذنبها فهو هدر لعموم البلوى به ولو أوقف الدابة فى الطريق فقتلت انسانا فان كان ذلك فى غير ملكه كطريق العامة فهو ضامن لذلك كله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها أو عطب شئ بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه وسواء كان راكبا أو لا لان روث الدابة فى طريق العامة ليس بمأذون فيه شرعا انما المأذون فيه هو المرور لا غير اذ الناس يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه تعديا من غير ضرورة فما تولد منه يكون مضمونا عليه سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن غير انه ان كان راكبا فعليه الكفارة فى الوطء باليد والرجل لكونه قاتلا من طريق المباشرة وان لم يكن راكبا لا كفارة عليه لوجود القتل منه تسبيباً لا مباشرة وكذلك لو أوقف دابة على باب المسجد فهو مثل وقفه فى الطريق لانه متعد فى الوقف الا ان يكون الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما أصابت فى وقوفها لان للامام ان يفعل ذلك اذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعديا فى الوقوف فاشبه الوقوف فى ملك نفسه الا اذا كان راكبا فوطئت دابته انسانا فقتلته لان ذلك قتل بطريق المباشرة فيستوى فى المواضع كلها ألا ترى انه لو كان فى ملكه يضمن وكذلك لو أوقف دابته فى موضع اذن الامام بالوقوف فيه كما فى سوق الخيل والبغال لما قلنا وكذلك اذا أوقف دابته فى الفلاة لان الوقوف فى الفلاة مباح لعدم الاضرار بالناس فلم يكن متعديا فيه وكذلك فى الطريق ان كان وقف فى المحجة فالوقوف فيها كالوقوف فى سائر الطرق العامة ولو كان سائرا فى هذه المواضع التى أذن الامام فيها بالوقوف للناس أو سائقا أو قائدا فهو ضامن لان أثر الاذن فى سقوط ضمان الوقف لا فى غيره لان اباحة الوقف فيها استفيد بالاذن لانه لم يكن ثابتا قبله فاما اباحة السير والسوق والقود فلم يثبت بالاذن من الامام لانه كان ثابتا قبله فبقى الامر فيها على ما كان قبل الاذن وان كان الوقف أو السير أو السوق أو القود فى ملكه فلا ضمان عليه فى شئ مما ذكر الا فيما وطئت دابته بيدها أو برجلها وهو راكب لان هذه الافعال تقع تعديا فى الملك والتسبيب اذا لم يكن تعديا لا يكون سببا لوجوب الضمان فاما الوطء باليد والرجل فى حال السير أو الوقوف فهو قتل مباشرة لا تسبيبا حتى تجب الكفارة لوجود الضمان على كل سواء كان فى ملكه أو فى غير ملكه وسواء كان الذى لحقته الجناية مأذونا فى الدخول أو غير مأذون لان التلف حصل بفعله مباشرة ومن دخل ملك غيره بغير اذنه لا يباح اتلافه ولو ربط الدابة فى غير ملكه فما دامت تجول فى رباطها اذا أصابت شيئاً بيدها

أو برجلها او راثت أو بالت فعطب به شيء فذلك كله مضمون عليه لانه متعد فى الوقوف فى غير ملكه ولو انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شيء فهو هدر لان معنى التعدى قد زال بزوالها من موضع الوقوف وان أوقفها غير مربوطة فزالت عن موضعها بعد ما أوقفها ثم جنت على انسان أو عطب بها شيء فهو هدر لانها لما زالت عن موضع الوقف فقد زال التعدى فكانها دخلت فى هذه المواضع بنفسها وجنت ولو نفرت الدابة من الرجل أو انفلتت منه فما أصابت فى فورها ذلك فلا ضمان عليه لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار أى البهيمة جرحها جبار ولانه لا صنع له فى نفارها وانفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو أرسل دابته فما أصابت من فورها ضمن لان سيرها فى فورها مضاف الى ارسالها فكان متعديا فى الارسال فصار كالدافع لها أو كالسائق فان عطفت يمينا وشمالا ثم أصابت فان لم يكن لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لانها باقية على حكم الارسال وان كان لها طريق آخر لا يضمن لانها عطفت باختيارها فينقطع حكم الارسال وصارت كالمنفلتة ولو أرسل طيرا فاصاب شيئا فى فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره فى الزيادات فيمن أرسل بازيا فى الحرم فاتلف ظبية الحرم انه لا يضمن لانه يفعل باختياره وفعله جبار ولو أغرى به كلبا حتى عقر رجلا فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه كما لو أرسل طيرا وعند أبى يوسف رحمه الله يضمن كما لو أرسل البهيمة وقال محمد رحمه الله ان كان سائقا له أو قائدا يضمن وان لم يكن سائقا له ولا قائدا لا يضمن وبه أخذ الطحاوى رحمه الله (وجه) قول محمد ان العقر فعل الكلب باختياره فالاصل هو الاقتصار عليه وفعله جبار الا أنه بالسوق أو القود يصير مغريا اياه الى الاتلاف فيصير سببا للتلف فاشبه سوق الدابة وقودها (وجه) قول أبى يوسف ان اغراء الكلب بمنزلة ارسال البهيمة فالمصاب على فور الارسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الكلب يعقر باختياره والاغراء للتحريض وفعله جبار ولو دخل رجل دار غيره فعقره كلبه لا يضمن سواء دخل داره باذنه أو بغير اذنه لان فعل الكلب جبار ولم يوجد من صاحبه التسبيب الى العقر اذ لم يوجد منه الا الامساك فى البيت وانه مباح قال الله تبارك وتعالى وهو أصدق القائلين مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم ولو ألقى حية أو عقربا فى الطريق فلدغت انسانا فضمانه على الملقى لانه متعد فى الالقاء الا اذا عدلت عن ذلك الموضع الى موضع آخر فلا يضمن لارتفاع التعدى بالعدول اذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر فى قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول الشافعى رحمه الله (وجه) قول زفر ان كل واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم ان يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبى فمات ان على الاجنبى نصف الدية لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه قال مثل مذهبنا ولان كل واحد منهما مات من صدم صاحبه اياه فيضمن صاحبه كمن بنى حائطا فى الطريق فصدم رجلا فمات ان الدية على صاحب الحائط كذا هذا وبه تبين ان صدمة نفسه مع صدم صاحبه اياه فيه غير معتبر اذ لو اعتبر لما لزم بانى الحائط على الطريق جميع الدية لان الرجل قد مشى اليه وصدمه وكذلك حافر البئر يلزمه جميع الدية وان كان الماشى قد مشى اليها رجلان مدا حبلا حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فان سقطا على ظهرهما فماتا فلا ضمان فيه أصلا لان كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه اذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه فلما سقط على قفاه علم انه سقط بفعل نفسه وهو مده فقد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وان سقطا على وجهيهما فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لانه لما خر على وجهه علم انه مات من جذبه وان سقط أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فماتا جميعا فدية الذى سقط على وجهه على عاقلة الآخر لانه مات بفعله وهو جذبه ودية الذى سقط على ظهره هدر لانه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فالضمان على القاطع

لانه تسبب فى اتلافهما والاتلاف تسبيبا يوجب الضمان كحفر البئر ونحو ذلك صبى فى يد أبيه جذبه رجل من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الذى جذبه ويرثه أبوه لان الاب محق فى الامساك والجاذب متعد فى الجذب فالضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيا وأحدهما يدعى انه ابنه والآخر يدعى انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذى يدعى انه عبده ديته لانه متعد فى الجذب لان المتنازعين فى الصبى اذا زعم أحدهما انه أبوه فهو أولى به من الذى يدعى انه عبده فكان امساكه بحق وجذب الآخر بغير حق فيضمن رجل فى يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان حق صاحب الثوب فى دفع الممسك وعليه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما فانقسم الضمان بينهما رجل عض ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا تهدر دية الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع لان العاض متعد فى العض والجاذب غير متعد فى الجذب لان العض ضرر وله ان يدفع الضرر عن نفسه رجل جلس الى جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متعد فى الجلوس اذ لم يكن له أن يجلس عليه فكان التلف حاصلا من فعليهما فينقسم الضمان عليهما رجل أخذ بيد انسان فصافحه فجذب يده من يده فانقلب فمات فلا شئ عليه لان الآخذ غير متعد فى الاخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذى تعدى على نفسه حيث جذب يده لا لدفع ضرر لحقه من الآخذ وان كان أخذ يده ليعصرها فآذاه فجر يده ضمن الآخذ ديته لانه هو المتعدى وانما صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالجر ولذلك فكان الضمان على المتعدى فان انكسرت يد الممسك وهو الآخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدى من الممسك فكان جانيا على نفسه فلا ضمان على غيره والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) الثانى فنحو جناية الحافر ومن فى معناه ممن يحدث شيأ فى الطريق أو المسجد وجناية السائق والقائد وجناية الناخس وجناية الحائط (أما) جناية الحافر فالحفر لا يخلو (اما) ان كان فى غير الملك أصلا (واما) ان كان فى الملك فان كان فى غير الملك ينظر ان كان فى غير الطريق بان كان فى المفازة لا ضمان على الحافر لان الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبيب الى القتل الا ان التسبيب قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متعديا فى التسبيب والمتسبب ههنا ليس بمتعد لان الحفر فى المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديرا فلا يجب الضمان وان كان فى طريق المسلمين فوقع فيها انسان فمات فلا يخلو اما ان مات بسبب الوقوع واما ان مات غما أو جوعا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلو اما ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن الدية لان حفر البئر على قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها اذا لم يعلم وهو متعد فى هذا التسبيب فيضمن الدية وتتحمل عنه العاقلة لان التحمل فى القتل الخطأ المطلق للتخفيف على القاتل نظرا له والقتل بهذه الطريق دون القتل الخطأ فكانت الحاجة الى التخفيف أبلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس بقتل أصلا حقيقة الا انه الحق بالقتل فى حق وجوب الدية فبقى فى حق وجوب الكفارة على الاصل ولان الكفارة فى الخطأ المطلق انما وجبت شكر النعمة الحياة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة وذلك بالقتل فاذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم الميراث ان كان وارثا للمجنى عليه ولا الوصية ان كان أجنبيا لان حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبى عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات غما أو جوعا فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يضمن وقال محمد يضمن وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات غما يضمن وان مات جوعا لا يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسبيبا الى الهلاك ومعنى التسبيب موجود ههنا لان الوقوع سبب الغم والجوع لان البئر يأخذ نفسه واذا طال مكثه يلحقه الجوع والوقوع بسبب الحفر فكان مضافا اليه كما اذا حبسه فى موضع حتى مات (وجه) قول أبى يوسف ان الغم من آثار

الوقوع فكان مضافا الى الحفر فأما الجوع فليس من آثاره فلا يضاف الى الحفر ولابى حنيفة رحمه الله أنه لا صنع للحافر في الغم ولا في الجوع حقيقة لانهما يحدثان بخلق الله تعالى لا صنع للعبد فيهما أصلا لا مباشرة ولا تسبيبا أما المباشرة فلا شك في انتفائها واما التسبيب فلان الحفر ليس بسبب للجوع لا شك فيه لانه لا ينشأ منه بل من سبب آخر والغم ليس من لوازم البئر فانها قد تغم وقد لا تغم فلا يضاف ذلك الى الحفر وان أصابته جناية فيما دون النفس فضمانها على الحافر لانها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم ان بلغ القدر الذي تتحمله العاقلة حمله عليهم والا فيكون في ماله وكذا اذا كان الواقع غير بني آدم لان ضمان المال لا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل سائر الديون ثم ان جنايات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه لكل جناية ارشها ولا يسقط شيء من ذلك بشيء منه ولا يشرك المجني عليهم فيما يجب لكل واحد منهم لانه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحياله فيؤخذ بكل واحدة من الجنايات بحيالها هذا هو الاصل وان كان الحافر عبدا فان كان قتلا فجنايته بالحفر بمنزلة جنايته بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو ان يخاطب المولى بالدفع أو الفداء قلت جنايته أو كثرت غير انه ان كان المجني عليه واحدا يدفع اليه أو يفدي وان كانوا جماعة يدفع اليهم أو يفدي بجميع الاروش لان جنايات القن في رقبته يقال للمولى ادفع أو افد والرقبة تتضايق عن الحقوق فيتضاربون في الرقبة والواجب بجناية الحر يتعلق بذمة العاقلة والذمة لا تتضايق عن الحقوق فان وقع فيها واحد فمات فدفعه المولى الى ولي جنايته ثم وقع آخر يشارك الاول في الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع فكلما يحدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول في رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر جنايته لان المولى بالدفع الى الاول خرج عن عهدة الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة الواجب ثم الجناية في حق الثاني والثالث حصلت بسبب الحفر أيضا والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الاول دفعا الى الثاني والثالث لاستواء الكل في سبب الوجوب كانه دفعه الى الاول دفعة واحدة ولو حفرها ثم أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقت الجنايات فذلك على المولى في قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التي كانت قبل العتق وبعده يضرب في ذلك كل واحد بقدر ارش الجناية لان جناية القن وان كثرت فالواجب فيها الدفع والولي بالاعتاق فوت الدفع من غير اختيار الفداء فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لان فوات الدفع حصل بالاعتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق بخلاف المدبر انه لا تعتبر قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير انما يصير سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينئذ على ما بينا فيما تقدم وان كان الحافر مدبرا أو أم ولد فعلى المولى قيمة واحدة قلت الجناية أو كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة ونقصانها لانه صار جانيا بسبب الحفر عند الوقوع فتعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جنى بيده وان كان مكاتبا فجنايته على نفسه لا على مولاه كما اذا جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا ولو حفر بئرا في الطريق فجاء انسان ودفع انسانا وألقاه فيها فالضمان على الدافع لا على الحافر لان الدافع قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجرا في قعر البئر فسقط انسان فيها لا ضمان على الحافر مع الواضع ههنا كالدافع مع الحافر ولو جاء رجل فحفر من أسفلها ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول كذا ذكر الكرخي رحمه الله وذكر محمد رحمه الله في الكتاب ينبغي في القياس ان يضمن الاول ثم قال وبه نأخذ ولم يذكر الاستحسان وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله في الاستحسان الضمان عليهما لاشتراكهما في الجناية وهي الحفر فيشتركان في الضمان (وجه) القياس ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة والحفر من الثاني بمنزلة نصب السكين أو وضع الحجر في قعر البئر فكان الاول كالدافع فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بئرا فجاء انسان ووسع رأسها فوقع فيها انسان فالضمان عليهما نصفان هكذا أطلق في الكتاب ولم يفصل وقيل جواب الكتاب محمول على ما اذا وسع قليلا بحيث يقع رجل في حفرهما (فأما) اذا وسع كثيرا بحيث يقع قدمه في حفر الثاني فالضمان على الثاني لا على الاول لان التوسع اذا كان قليلا بحيث يقع قدمه في حفرهما كان الوقوع بسبب

وجدمنهما وهوحفرهما فكان الضمان عليهما واذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب وجدمن الثانى فكان الضمان عليه ولوحفر بئرا ثم كبسها فجاء رجل وأخرج ما كبس فوقع فيها انسان فالكبس لايخلو اماان كان بالتراب والحجارة (واما) ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثانى وان كان بالثانى فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يعد طما للبئر والحاقا له بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج بئر أخرى (فأما) الحنطة والشعير ونحوهما فلا يعد ذلك طما بل يعد شغلا لها الا يرى انه بقى أثر الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير ولا يبقى أثره بعد الكبس بالتراب والحجارة ولوحفر بئرا اوسد الحافر رأسها ثم جاء انسان فنقضه فوقع فيها انسان فالضمان على الحافر لان أثر الحفر لم ينعدم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والفاتح بالفتح أزال المانع و زوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل حجرا فى الطريق فتعثر عليه رجل فوقع فى بئر حفرها آخر فالضمان على واضع الحجر لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعد منه فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان الضمان على واضعه وان كان لم يضعه أحد ولكنه حمل السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدى منه فيضاف الى الحافر لكونه متعديا فى الحفر ولو اختلف الحافر و ورثة الميت فقال الحافر هوالقى نفسه فيها متعمدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر فى قول أبى يوسف الآخر وهوقول محمد وفى قول أبى يوسف الاول القول قول الورثة (وجه) قوله الاول ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقى نفسه فى البئر عمدا والقول قول من يشهد له الظاهر (وجه) قوله الآخر ان حاصل الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه وماذكر من الظاهر معارض بظاهر آخر وهو ان الظاهر ان المار على الطريق الذى يمشى فيه يرى البئر فتعارض الظاهران فبقى الضمان على أصل العدم ولوحفر بئرا فى الطريق فوقع رجل فيها فتعلق بآخر وتعلق الثانى بثالث فوقعوا فماتوا فهذا فى الاصل لايخلو من أحد وجهين (اما) ان علم حال موتهم بان خرجوا أحياء فأخبروا عن حالهم (واما) ان لم يعلم فان علم ذلك (فاما) موت الاول فلا يخلو من سبعة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثانى عليه خاصة (واما) انه علم ان مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثانى والثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثانى عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثالث عليه وأما ان علم انه مات بوقوعه فى البئر ووقوع الثانى والثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه فى البئر خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسبيبا وهومتعد فيه فكان الضمان عليه فان علم انه مات بوقوع الثانى عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذى قتل نفسه حيث جره على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثانى لان الثانى هو الذى جر الثالث على الاول حتى أوقعه عليه وان علم انه مات بوقوع الثانى والثالث عليه فنصفه هدر و نصفه على الثانى لان جره الثانى على نفسه هدر لانه جناية على نفسه وجر الثانى والثالث عليه معتبر فهدر النصف و بقى النصف وان علم انه مات بوقوعه فى البئر ووقوع الثانى عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر لجره الثانى على نفسه وان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثانى لانه هو الذى جر الثالث على الاول وان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثانى والثالث عليه فالثلث هدر والثلث على الحافر والثلث على الثانى لانه مات بثلاث جنايات أحدها هدر وهى جره الثانى على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثانى بجره الثالث على الاول فتعتبر (واما) موت الثانى فلا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بسقوطه فى البئر خاصة فديته على الاول وليس على الحافر شئ لان الاول هو الذى جره الى البئر فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل

نفسه حيث جر الثالث على نفسه فهدر دمه وان علم انه مات بسقوطه فى البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف هدر والنصف على الاول لانه مات بشيئين أحدهما فعل نفسه وهو جره الثالث على نفسه وجنايته على نفسه هدر والثانى فعل غيره وهو جر الاول وايقاعه فى البئر وأما موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه فى البئر وديته على الثانى لانه هو الذى جره الى البئر وأوقعه فيه هذا كله اذا علم حال وقوعهم وأما اذا لم يعلم فلا يخلو اما ان وجد بعضهم على بعض واما ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثانى على الاول ودية الثالث على الثانى وان كان بعضهم على بعض فالقياس هكذا أيضا وهو ان يكون دية الاول على الحافر ودية الثانى على الاول ودية الثالث على الثانى وهو قول محمد رحمه الله وفى الاستحسان دية الاول أثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثانى وثلث هدر ودية الثانى نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها على الثانى ولم يذكر محمد رحمه الله فى الاستحسان انه قول من وجه القياس انه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر وهو الحفر للاول والجر من الاول للثانى والجر من الثانى للثالث واضافة الاحكام الى الاسباب الظاهرة أصل فى الشريعة (وجه) الاستحسان انه اجتمع فى الاول ثلاثة أسباب كل واحد منها صالح للموت وقوعه فى البئر و وقوع الثانى و وقوع الثالث عليه الا ان وقوع الثانى عليه حصل بجره اياه على نفسه فهدر الثلث و بقى الثلثان ثلث على الحافر بحفره وثلث على الثانى بجره الثالث على نفسه و وجد فى الثانى شيآن الجر و وقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بجره فهدر نصف الدية و بقى النصف على الحافر ولم يوجد فى الثالث الا سبب واحد وهو جر الثانى اياه الى البئر والاصل فى الاسباب اعتبارها ما أمكن واعتبارها يقتضى ان يكون الحكم ما ذكرنا والله تعالى أعلم ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كانت البئر فى فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع بفنائه اذا لم يتضمن الضرر بالمارة على أصلهما مطلقا وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالحفر اليه فاذا حفر فى فنائه انتقل فعل المأمور اليه كانه حفر بنفسه فوقع فيها انسان ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا هذا وان لم يكن ذلك فى فنائه فان أعلم المستأجر الاجير ان ذلك ليس من فنائه فالضمان على الاجير لا على الآمر لان الاجير لم يحفر بأمره فبقى فعله مقصورا عليه كانه ابتدأ الحفر من نفسه من غير أمر فوقع فيها انسان وان لم يعلمه فالضمان على الآمر لانه غره بالامر بحفر البئر فى الطريق مطلقا انما يأمر بما يملكه مطلقا عادة فيلزمه ضمان الغرور وهو ضمان الكفالة فى الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من الحفر بمنزلة ضمان الدرك ولو أمر عبده ان يحفر بئرا فى الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كان الحفر فى فنائه فالضمان على عاقلة المولى لانه يملك الامر بالحفر فى هذا المكان فينتقل فعله الى المولى كانه حفر بنفسه وان كان فى غير فنائه فالضمان فى رقبة العبد يخاطب المولى بالدفع أو الفداء لان الامر بالحفر لا ينصرف الى غير فنائه فصار مبتدئا فى الحفر بنفسه سواء أعلم العبد أنه ليس من فنائه أو لم يعلمه بخلاف الاجير لان وجوب الضمان على الآمر هناك بمعنى الغرور على ما بينا ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد و بين مولاه فيستوى فيه العلم والجهل وان كان الحفر فى الملك فان كان فى ملك غيره بان حفر بئرا فى دار انسان بغير اذنه فوقع فيها انسان يضمن الحافر لانه متعد فى التسبيب ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار والقول قول الورثة وفى الاستحسان يصدق والقول قول الحافر (وجه) القياس ان الحفر وقع موجبا للضمان ظاهرا الا انه صادف ملك الغير وانه محظور فكان متعديا فى الحفر من حيث الظاهر فصاحب الدار بالتصديق يريد ابراء الجانى عن الضمان فلا يصدق (وجه) الاستحسان ان قول صاحب الدار أمرته بذلك اقرار منه بما يملك انشاءه للحال وهو الامر بالحفر فيصدق وان كان فى ملك نفسه لا ضمان عليه لان الحفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا فى التسبيب وان كان فى فنائه يضمن لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير فى الطريق ولو استأجر أربعة يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر

الربع لانه مات من أربع جنايات الا أن جناية المرء على نفسه هدر فبطل الربع و بقي جنايات أصحابه عليه فتعتبر ويجب عليهم ثلاث أرباع الدية على كل واحد منهم الربع وقد روى الشعبي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قضى على القارصة والقامصة والواقصة بالدية أثلاثا وهن ثلاث جواري ركبت احداهن الاخرى فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فقضى للتي وقصت بثلثي الدية على صاحبتها وأسقط الثلث لان الواقصة أعانت على نفسها وروى أن عشرة مدوا النخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى سيدنا علي رضي الله عنه على كل واحد منهم بعشر الدية وأسقط العشر لان المقتول أعان على نفسه ولو استأجر اجراء حرا وعبدا محجورا ومكاتبا يحفرون له بئرا فوقعت البئر عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر في الحر ولا في المكاتب و يضمن قيمة العبد المحجور لمولاه أما الحر والمكاتب فلانه لم يوجد فيهما من المستأجر سبب وجوب الضمان لان استئجارهما وقع صحيحا فكان استعماله اياهما في الحفر بناء على عقد صحيح فلا يكون سببا لوجوب الضمان ووقوع البئر عليهما حصل من غير صنعه فلا يجب الضمان عليه وأما العبد فلان استئجاره لم يصح فصار المستأجر باستعماله في الحفر غاصبا اياه فدخل في ضمانه فاذا هلك فقد تقرر الضمان فعليه قيمته لمولاه ثم اذا دفع قيمته الى المولى فالمولى يدفع القيمة الى ورثة الحر والمكاتب فيتضاربون فيها فيضرب ورثة الحر بثلث دية الحر و ورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب وانما كان كذلك لان موت كل واحد منهم حصل بثلاث جنايات بجناية نفسه وجناية صاحبيه فصار قدر الثلث من الحر والمكاتب تالفا بجناية العبد وجناية القن توجب الدفع ولو كان قنا لوجب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب يتضاربون في رقبته على قدر حقوقهم فاذا هلك وجب دفع القيمة اليهم يتضاربون فيها أيضا فيضرب ورثة الحر فيها بثلث دية الحر وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب لان الحر مضمون بالدية والمكاتب مضمون بالقيمة ثم يرجع المولى على المستأجر بقيمة العبد مرة أخرى و يسلم له تلك القيمة لانه وان رد المغصوب الى المغصوب منه برد قيمته اليه لكنه رده مشغولا وقد كان غصبه فارغا فلم يصح رده في حق الشغل فيضمن القيمة مرة أخرى وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد لان ملك العبد بالضمان من وقت الغصب فتبين أن الجناية حصلت من الحر على ثلث عبد المستأجر فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته و يأخذ ورثة المكاتب أيضا من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب لوجود الجناية من الحر على ثلث قيمته فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته ثم يؤخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته فتكون بين ورثة الحر و بين المستأجر لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد يضرب ورثة الحر بثلث دية الحر و يضرب المستأجر بثلث قيمة العبد لانه جني على ثلث الحر وعلى ثلث العبد فأتلف من كل واحد منهما ثلثه والحر مضمون بالدية والعبد بالقيمة وقد ملك المستأجر العبد بالضمان فكان ضمان الوارد على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم وقالوا فيمن حفر بئرا في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان ومات انه ان كان الحفر باذن السلطان لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن وكذلك اذا اتخذ قنطرة للعامة و روى عن أبي يوسف أنه لا يضمن (ووجهه) ان ما كان من مصالح المسلمين كان الاذن به ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا (وجه) ظاهر الرواية ان ما يرجع الى مصالح عامة المسلمين كان حقا لهم والتدبير في أمر العامة الى الامام فكان الحفر فيه بغير اذن الامام كالحفر في دار انسان بغير اذن صاحب الدار هذا الذي ذكرنا حكم الحافر في الطريق وكذلك من كان في معنى الحافر ممن يحدث شيأ في الطريق كمن أخرج جناحا الى طريق المسلمين أو نصب فيه ميزابا فصدم انسانا فمات أو بنى دكانا أو وضع حجرا أو خشبة أو متاعا أو قعد في الطريق ليستريح فعثر بشئ من ذلك عاثر فوقع فمات أو وقع على غيره فقتله أو حدث به أو بغيره من ذلك العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره أو صب ماء في الطريق فزلق به انسان فهو في ذلك كله ضامن وكذلك ما عطب بذلك من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشياء وهو متعد في التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كالمتولد من الرمي ثم ما كان من الجناية في بني آدم تتحملها العاقلة اذا بلغت

القدر الذى تتحمل العاقلة وهو نصف عشر دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر أو كان منها فى غير بنى آدم يكون فى ماله لان تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية منهم وقد قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى عرفناه بنص خاص فى بنى آدم بهذا القدر فبقى الامر فيما دونه وفى غير بنى آدم على الاصل ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث لو كان وارثا للمجنى عليه ولا الوصية لو كان أجنبيا لانه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كناسة فى الطريق فعطب بها انسان أنه يضمن لان التلف حصل بوضعه وهو فى الوضع متعد وقال محمد ان وضع ذلك فى طريق غير نافذة وهو من أهله لم يضمن لعدم التعدى منه اذا لطريق مشترك بين أهل السكة فيكون لكل واحد من أهلها الانتفاع به كالدار المشتركة ولو سقط الميزاب الذى نصبه صاحب الدار الى طريق المسلمين على انسان فقتله ان أصابه الطرف الداخل فى الحائط لم يضمن لانه فى ذلك القدر متصرف فى ملك نفسه فلم يكن متعديا فيه وان أصابه الطرف الخارج الى الطريق يضمن لانه متعد فى اخراجه الى الطريق وان أصابه الطرفان جميعا يضمن النصف لانه متعد فى النصف لا غير وان كان لا يدرى فالقياس أن لا يضمن شيأ لانه ان كان أصابه الطرف الداخل لا يضمن وان كان أصابه الطرف الخارج يضمن والضمان لم يكن واجبا فوقع الشك فى وجوبه فلا يجب بالشك وفى الاستحسان يضمن النصف لانه اذا لم يعرف الطرف الذى أصابه انه الداخل أو الخارج يجعل كانه أصابه الطرفان جميعا كما فى الغرقى والحرقى انه اذا لم يعرف التقدم والتأخر فى موتهم يجعل كانهم ماتوا جملة واحدة فى أوان واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا ولو أحدث شيأ مما ذكرنا فى المسجد بأن حفر بئرا فى المسجد لاجل الماء أو بنى فيه بناء دكانا أو غيره فعطب به انسان فان كان الحافر والبانى من أهل المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير أهله فان فعل باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن بالاجماع لان تدبير مصالح المسجد الى أهل المسجد فما فعلوه لا يكون مضمونا عليهم كالاب أو الوصى اذا فعل شيئا من ذلك فى دار اليتيم ومتولى الوقف اذا فعل فى الوقف وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف فى المسجد بغير اذن أهل المسجد فاذا فعل بغير اذنهم كان متعديا فى فعله فكان مضمونا عليه ولو علق قنديلا أو بسط حصيرا أو ألقى فيه الحصى فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان لم يكن من أهل ذلك المسجد فان فعله باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما لا يضمن (وجه) قولهما ان المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد من آحاد المسلمين بسبيل من اقامة مصالحه ولان هذه المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تبارك وتعالى انما يعمر مساجد الله من آمن بالله من غير تخصيص الا ان لاهل المسجد ضرب اختصاص به فيظهر ذلك فى التصرف فى نفسه بالحفر والبناء لا فى القنديل والحصير كالمالك مع المستعير أن للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل فى دار الاعارة وليس له ولاية الحفر والبناء كذا هذا ولابى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن التدبير فى مصالح المسجد الى أهل المسجد لا الى غيرهم بدليل أن لهم ولاية منع غيرهم عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا فى فعله فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما لو وضع شيأ فى دار غيره بغير اذنه فعطب به انسان ولهذا ضمن بالحفر والبناء كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص أهله بالتدبير والنظر فى مصالحه كالكعبة فانها لجميع المسلمين ثم اختص بنو شيبة بمفاتحها حتى روى أنه عليه الصلاة والسلام لما أخذ مفتاح الكعبة منهم ودفعه الى عمه العباس رضى الله عنه عند طلبه ذلك امره الله تبارك وتعالى برده الى بنى شيبة بقوله تبارك وتعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها ولو جلس فى المسجد فعطب به انسان ان كان فى الصلاة لا يضمن الجالس سواء كان الجالس من أهل المسجد أو لم يكن من أهله لان المسجد بنى للصلاة فلو أخذ المصلى بالضمان لصار الناس ممنوعين عن الصلاة فى المساجد وهذا لا يجوز وان جلس لحديث أو نوم فعطب به انسان يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الجلوس فى المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم

يكن الهلاك حاصلا بسبب هو متعد فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس في داره فعبر عليه انسان فعطب به انه لا يضمن كذا هذا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المسجد بني للصلاة لا للحديث والنوم فاذا شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما لو جلس في الطريق للاستراحة فعطب به انسان أنه يضمن لان الطريق جعل للاجتياز لا للجلوس واذا جلس فقد صار متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما الحديث والنوم مباح في المسجد مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديا ولو جلس لا نتظار الصلاة أو لقراءة قرآن أو لعبادة من العبادات غير الصلاة فلا شك أن على أصلهما لا يضمن لانه لو جلس لغير قربة لا يضمن فاذا جلس لقربة فهو أولى وأما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يضمن لان المنتظر للصلاة في الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه ليس في الصلاة حقيقة وانما الحق بالمصلي في حق الثواب لا غير والله تعالى أعلم ومن هذا الجنس جناية السائق والقائد بان ساق دابة في طريق المسلمين أو قادها فوطئت انسانا بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة فاذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعديا فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان يذود الناس عن الطريق فيكون مضمونا وسواء كان السائق أو القائد راجلا أو راكبا الا أنه اذا كان راكبا فعليه الكفارة اذا وطئ دابته انسانا بيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية وان كان راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لان هذه الاحكام يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الراكب لا من غيره وان كان أحدهما سائقا والآخر قائدا فالضمان عليهما لانهما اشتركا في التسبيب فيشتركان في الضمان وكذلك اذا كان أحدهما سائقا والآخر راكبا أو كان أحدهما قائدا والآخر راكبا فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما الا أن الكفارة تجب على الراكب وحده فيما وطئت دابته انسانا فقتلته لوجود القتل منه وحده مباشرة فان قاد قطارا فما أصاب الاول أو الآخر أو الاوسط انسانا بيد أو رجل أو صدم انسانا فقتله فهو ضامن لذلك لانه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما اذا وضع حجرا في الطريق أو حفر فيه بئرا فان كان معه سائق في آخر القطار فالضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان السائق في وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه شيأ فهو عليهما الا ان ما بين يديه هو له سائق والاول له قائد وما خلفه هما له قائدان (أما) قائد القطار فلا شك فيه لان بعضه مربوط ببعض (وأما) السائق الذي في وسط القطار فلانه بسوقه ما بين يديه قائد لما خلفه لان ما خلفه ينقاد بسوقه فكان قائدا له والقود والسوق كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بينا وان كان أحيانا في وسط القطار واحيانا يتأخر واحيانا يتقدم وهو يسوقها في ذلك فهو والاول سواء لانه سائق وقائد والسوق والقود كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وان كانوا ثلاثة أحدهم في مقدمة القطار والآخر في مؤخر القطار وآخر في وسطه فان كان الذي في الوسط والمؤخر لا يسوقان ولكن المقدم يقود فما أصاب الذي قدام الوسط شيأ فذلك كله على القائد لان التلف حصل بسبب القود وما أصاب الذي خلفه فذلك على القائد الاول وعلى الذي في الوسط لانهما قائدان لما بينا وعلى المؤخر أيضا ان كان يسوق هو وان كان لا يسوق لا شئ عليه لانه لم يوجد منه صنع وان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا لوجود التسبيب منهم جميعا وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات لو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه يزجر الابل فينزجرن بسوقه وعلى الابل قوم في المحامل نيام فوطئ بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذي وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤس والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة أما السائق والقائد فلانهما مقربان القطار الى الجناية فكانا مسببين للتلف (وأما) الراكب للبعير الذي وطئ فلا شك فيه لأن التلف حصل بفعله

(وأما) الراكبون امام البعير الذى وطئ فلانهم قادة لجميع ماخلفهم فكانوا قائدين للبعير الواطئ ضرورة فكانوا مسببين للتلف أيضا فاشتركوا فى سبب وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على راكب البعير الذى وطئ خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة الاأن الدابة آلة له فكان الأثر الحاصل بفعله مضافا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير الذى وطئ لا يزجر الابل ولا يسوقها راكبا على بعير منها أوغير راكب فلا ضمان على أحد منهم لانه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان اذلم يسوقوا البعير الذى وطئ ولم يقودوه فصار واكمتاع على الابل ولوقاد قطارا وعلى بعير فى وسط القطار راكب لا يسوق منه شيأ فضمان ما كان بين يديه على القائد خاصة وضمان ماخلفه عليهما جميعا لان الراكب غير سائق لما بين يديه لان ركوبه لهذا البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما أن مشيه الى جانب البعير لا يكون سوقا اياه اذالم يسقه ولكنه سائق لما ركبه لان البعير انما يسير بركوب الراكب وحثه واذا كان سائقاله كان قائدا لما خلفه فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل وربط اليه بعيرا فوطئ البعير انسانا فالقائد لا يخلو اما ان كان لا يعلم بربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته ثم عاقلته يرجعون على عاقلة الرابط (أما) وجوب الدية على القائد فلانه قاتل تسبيبا وضمان القتل ضمان اتلاف وانه لا يختلف بالعلم والجهل (وأما) رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط فلان الرابط متعد فى الربط وهو السبب فى لزوم الضمان للقائد فكان الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفا لا تقاد فجاء رجل وربط اليها بعيرا والقائد لا يعلم فقاد البعير معها فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على القائد يتحمل عنه عاقلته الاأن ههنا لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لان الرابط وان تعدى فى الربط وانه سبب لوجوب الضمان لكن القائد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد أزال تعديه فزول الضمان عنه ويتعلق بالقائد كمن وضع حجرا فى الطريق فجاء انسان فدحرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثانى لا على الاول لما قلنا كذا هذا بخلاف المسألة الاولى لان هناك وجد الربط والابل سائرة فلم يستقر مكان التعدى ليزول بالانتقال عنه فبقى التعدى ببقاء الربط وان كان القائد علم بالربط فى المسألتين جميعا فقاده على ذلك فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته ولا ترجع عاقلته على عاقلة الرابط لانه لما قاد مع علمه بالربط فقد رضى بما يلحقه من العهدة فى ذلك فصار علمه بالربط بمنزلة أمره بالربط ولو ربط بامره كان الامر على ماوصفنا كذا هذا ولوسقط سرج دابة فعطب به انسان فالدية على السائق أو القائد لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه فى شد الحزام فكان مسببا للقتل متعديا فى التسبيب والله سبحانه وتعالى أعلم ومن هذا النوع جناية الناخس والضارب وجملة الكلام فيه ان الدابة المنخوسة أو المضروبة (اما) أن يكون عليها راكب (واما) أن لا يكون عليها راكب فان كان عليها راكب فالراكب لا يخلو اما ان كان سائرا واما ان كان واقفا والسير والوقوف اما ان يكون فى موضع أذن له بذلك (واما) أن يكون فى موضع لم يؤذن له به والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره فان فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفحت الدابة برجلها أو ذنبها أو نفرت فصدمت انسانا فقتلته فان فعلت شيأ من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب يتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفا أو سائرا وسواء كان فى سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف أو فيما لم يؤذن بان كان يسير فى ملكه أو فى طريق المسلمين أو فى ملك الغير أو كان يقف فى ملكه أو فى سوق الخيل ونحوه أو فى طريق المسلمين وانما كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعد فى السبب فيضمن ما تولد منه كما لودفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة وان كان متعديا أيضا لكنه ليس بمتعد فى التعدى والناخس متعد فى التعدى وكذا الضارب فاشبه الدافع مع الحافر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه ضمن الناخس دون الراكب وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم يعرف

الا نكار من أحد فيكون اجماعا من الصحابة وانما شرط الفور لوجوب الضمان على الناخس والضارب لان الهلاك عند سكون الفور يكون مضافا الى الدابة لا الى الناخس والضارب ولو نخسها أو ضربها وهو سائر عليها فوطئت انسانا فقتلته لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية و روى ابن سماعة عن أبى يوسف أن الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا فى سبب وجوب الضمان وكذلك اذا كان واقفا عليها لما قلنا وتجب الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا فى الراكب مع السائق أو القائد ولو نخسها أو ضربها فوثبت والقت الراكب فالناخس أو الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هو متعد فيه وهو النخس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم تقتله ولكنها جمحت به فما أصابت فى فورها ذلك فعلى الناخس أو الضارب لما ذكرنا أن فعل كل واحد منهما وقع سببا للهلاك وهو متعد فى التسبيب فان نفحت الدابة الناخس أو الضارب فقتلته فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نخس أو ضرب بغير أمر الراكب فاما اذا فعل ذلك بأمر الراكب فان كان الراكب سائرا فيما أذن له بالسير فيه بان كان يسير فى ملك نفسه أو فى طريق المسلمين أو واقفا فيما أذن له بالوقوف بان وقف فى ملك نفسه أو فى سوق الخيل وغيره من المواضع التى أذن بالوقوف فيها فنفحت الدابة برجلها انسانا فقتلته فلا ضمان على الناخس ولا على الضارب ولا على الراكب لانه أمره عما يملكه بنفسه فصح أمره به فصار كانه نخس أو ضرب بنفسه فنفحت وقد ذكرنا ان النفحة فى حال السير والوقوف فى موضع اذن بالسير أو الوقوف فيه غير مضمون على أحد لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد وان كان الراكب سائرا فيما لم يؤذن له بالسير بان كان يسير فى ملك الغير أو كان واقفا فيما لم يؤذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفا فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين فنفحت فالدية عليهما نصفان نصف على الناخس أو الضارب ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الضمان على الراكب وجهه ان الناخس أو الضارب نخس أو ضرب لها باذن الراكب وهو راكب وهو يملك ذلك بنفسه فانتقل فعله اليه فكان فعله بنفسه فكان الضمان عليه وجه ظاهر الرواية ان الناخس أو الضارب مع الراكب اشتركا فى سبب وجوب الضمان أما الناخس أو الضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما على سبيل التعدى (وأما) الراكب فلانه صار بالامر بالنخس أو الضرب ناخسا أو ضاربا والنفحة المتولدة من نخسه وضربه فى هذه المواضع مضمونة عليه الا أنه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبيب لا بالمباشرة هذا اذا نفحت فاما اذا اصطدمت فان كان الراكب سائرا أو واقفا فى ملك نفسه فلا ضمان على الناخس والضارب ولا على الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف الى الراكب لحصوله بامره والصدمة فى الملك غير مضمونة على الراكب سواء كان سائرا أو واقفا وان كان سيره أو وقوفه فى طريق المسلمين أو فى ملك الغير فينبغى أن يكون على الاختلاف الذى ذكرنا فى النفحة اذا كان الراكب واقفا فى موضع لم يؤذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة على الراكب اذا كان فى طريق المسلمين واقفا كان أو سائرا وكذا فى ملك الغير فيتأتى فيه الخلاف الذى ذكرنا فى النفحة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا نفحت أو صدمت فاما اذا وطئت انسانا فقتلته فالضمان عليهما سواء كان الراكب سائرا أو واقفا فى أى موضع كان فيما اذن فيه أو لم يؤذن لانهما اشتركا فى سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناخس وتجب الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب مع الناخس كالراكب مع السائق والقائد أن الدية عليهما نصفان والكفارة على الراكب خاصة كذا ههنا هذا الذى ذكرنا اذا كان على الدابة المنخوسة أو المضروبة راكب فاما اذا لم يكن عليها راكب فان لم يكن لا سائق ولا قائد فنخسها انسان أو ضربها فما أصابت شيأ على فور النخسة والضربة فضمانه على الناخس والضارب فى أى موضع كانت الدابة لانه سبب الاتلاف بالنخس والضرب وهو متعد فى التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه وان كان عليها سائق أو قائد فنخس أو ضرب

بغير

بغير أمره فنفحت أو نفرت فصدمت أو وطئت انسانا فقتلته فالضمان على الناخس أو الضارب لا على السائق والقائد في أي موضع كان الناخس والقائد لان الناخس مع السائق والقائد كالدافع مع الحافر لانه بالنخس أو الضرب كانه دفع الدابة على غيره وكذلك اذا كان لها سائق وقائد يقود أحدهما ويسوق الآخر فنخس أو ضرب بغير اذن واحد منهما فالضمان على الناخس والضارب لا عليهما في أي موضع كان الناخس والقائد لما ذكرنا أن الناخس متعمد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعمد من السائق والقائد وان كان كل واحد منهما أمره بذلك فنفحت فان كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق والقود فيه فلا ضمان على الناخس والضارب وان فعل ذلك بأمر السائق أو القائد فان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بالسوق والقود فيه بان كان في ملكه أو في طريق المسلمين لا ضمان على أحد لان فعله يضاف اليه كالسائق أو القائد وان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بذلك بان كان في ملك الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناخس والضارب وعلى السائق أو القائد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم عن أبي يوسف الضمان على السائق أو القائد خاصة وان صدمت فقتلت انسانا فان كان السائق يسوق في ملك نفسه فلا ضمان على أحد لان فعل الناخس أو الضارب بامر السائق أو القائد مضاف اليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السائق والقائد والراكب وان كان يسوق أو يقود في طريق المسلمين أو في ملك الغير فهو على الاختلاف وان وطئت انسانا فقتلته فهو على الاختلاف أيضا سواء كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق أو القود فيه أو لم يكن لان الوطأة مضمونة على كل حال والله تعالى أعلم وان وطئت تجب القيمة بلا خلاف لكن في قياس ظاهر الرواية على الناخس والضارب وعلى السائق والقائد نصفان وعلى قياس رواية ابن سماعة عن أبي يوسف على السائق والقائد خاصة والله تعالى أعلم بالصواب ومن هذا القبيل جناية الحائط المائل اذا سقط على رجل فقتله أو على متاع فافسده أو على دار فهدمها أو على حيوان فعطب به وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو اما ان بنى مستويا مستقيما ثم مال (واما) ان بنى مائلا من الاصل فان بنى مستقيما ثم مال فيلانه لا يخلو اما أن يكون الى الطريق (واما) ان يكون الى مُلك انسان فان كان الى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذا وهو طريق العامة أو غير نافذ وهو السكة التى ليست بنافذة فان كان نافذا فسقط فعطب به شئ مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط اذا وجد شرائط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبيب الى الاتلاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض لانه اذا مال الى طريق العامة فقد حصل الهواء في يد صاحب الحائط من غير فعله وهو الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه فاذا طولب بالنقض فقد لزمه ازالة يده عنه بهدم الحائط فاذا لم يفعل مع الامكان فقد صار متعديا باستبقاء يده عليه كثوب هبت به الريح فالقته في دار انسان فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روى عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح وابراهيم وغيرهم رحمهم الله انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحائط فلم يهدمه وجب عليه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما شرائط الوجوب فمنها المطالبة بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب به شئ لا ضمان على صاحب الحائط لان الضمان يجب بترك النقض المستحق لان به يصير متعديا في التسبيب الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة هي ان يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له ان حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه فاذا قال ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا قام به البعض صار خصما عن الباقين سواء كان الذى تقدم اليه مسلما أو ذميا حرا أو عبدا بعد ان كان أذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا أو صبيا بعد أن كان عاقلا وقد أذن له وليه بالخصومة فيه لان الطريق حق جميع أهل الدار فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بازالة سبب الضرر عنه الا أنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذونا بالتصرف لان كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبر في الشرع فكان

ملحقاً بالعدم و ينبغي أن يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ماذكره محمد رحمه الله وهو أن يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحائط المطالبة بالنقض فتقع الحاجة الى الاشهاد لاثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون الاشهاد حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وكذا اذا أنكر يجب عليه الضمان فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى و نظيره ماقلنا فى الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد للحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار حتى لو أقر المشترى بالطلب يثبت حق الشفعة وان لم يشهد على الطلب وكذا لو وجد الطلب يثبت الحق له فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى وكذا الاشهاد فى باب اللقطة على أصل أبى حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك فى كتاب اللقطة ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به فان كان قد طولب بدفع النقض يضمن لانه اذا طولب بالرفع لزمه الرفع فاذا لم يرفع صار متعديا فيضمن ماتولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند أبى يوسف وعند محمد يضمن وجه قوله انه لما طولب بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعديا بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيه فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان وجه قول أبى يوسف ان الحائط قد زال عن الموضع الذى طولب فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهواء الى محل آخر بغير صنع صاحبه فلابد من مطالبة أخرى كمن وضع حجراً فى الطريق فدحرجته الريح الى موضع آخر فعطب به انسان انه لا ضمان على الواضع كذا ههنا بخلاف ما اذا سقط على انسان لانه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذى هو محل الجناية فلا يحتاج الى مطالبة أخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة الى واحد من أهل تلك السكة لان الطريق حقهم فكان لكل واحد منهم ولاية التقدم الى صاحب الحائط وان كان ميلان الحائط الى ملك رجل فالمطالبة بالنقض والاشهاد الى صاحب الملك لان هواء ملكه حقه وقد شغل الحائط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفريغ اليه فان كان فى الدار ساكن كالمستأجر والمستعير فالمطالبة والاشهاد الى الساكن فيشترط طلب الساكن أو المالك لان الساكن له حق المطالبة بازالة ما يشغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل الهواء أيضاً ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فاستأجل الذى طالبه أو استأجل القاضي فأجله فان كان ميلان الحائط الى الطريق فالتأجيل باطل وان كان ميلانه الى دار رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط والله سبحانه وتعالى أعلم ووجه الفرق بينهما أن الحق فى الطريق لجماعة المسلمين فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقد تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة فكان التأجيل والابراء اسقاطا لحق الجماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان الميلان الى دار انسان لان هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التأجيل والابراء منه اسقاطا لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل فى دار غيره حجرا او حفر فيها بئرا أو بنى فيها بناء وأبرأه صاحب الدار منه كان بريئا ولا يلزمه ما عطب بشيء من ذلك سواء عطب به صاحب الدار أو داخل دخل لان الحق له فيملك اسقاطه كأنه فعل ذلك باذنه (ومنها) أن يكون المطالب بالنقض ممن يلى النقض لان المطالبة بالنقض ممن لا يلى النقض سفه فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية النقض فتصح مطالبة الراهن لان له ولاية النقض لقيام الملك فينقض و يقضى الدين فيصير متعديا بترك النقض وتصح مطالبة الاب والوصى فى هدم حائط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقضا حتى سقط يجب الضمان على الصبى لان التلف بترك النقض المستحق على الولى والوصى مضاف الى الصبى لقيامهما مقام الصبى والصبى مؤاخذ بافعاله فيضمن وتتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة و يكون فى ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ سواء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الحائط المائل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب به شيء ان القياس

أن لا يضمن أحد منهم شيأ وفى الاستحسان يضمن الذى طولب وجه القياس انه لم يوجد من أحد منهم ترك النقض المستحق (أما) الذين لم يطالبوا بالنقض فظاهر (وأما) الذى طولب به فلان أحد الشركاء لا يلى النقض بدون الباقين وجه الاستحسان أن المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه لانه يمكنه ان يخاصم الشركاء ويطالبهم بالنقض ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى حتى يأمره القاضى بالنقض لان فيه حقا لجماعة المسلمين والامام يتولى ذلك لهم فيأمر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغائبين فاذا لم يفعل فقد صار متعديا بترك النقض المستحق فيضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من الحائط فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما عليه ضمان النصف وجه قولهما ان أنصباء الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كمن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله ان على الجارح النصف لان عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانا كالشئ الواحد كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه أن التلف حصل بثقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفا فى نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله تعالى أعلم ومنها قيام ولاية النقض وقت السقوط ولا يكتفى بثبوتها وقت المطالبة لانه انما يصير متعديا بترك النقض عند السقوط كانه أسقطه فاذا لم يبق له ولاية النقض عند السقوط لم يصر متعديا بترك النقض فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما اذا طولب بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار التى فيها الحائط من انسان وقبضه المشترى أو لم يقبضه ثم سقط على شىء فعطب به أنه لا ضمان على البائع لانعدام ولاية النقض وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه ولا على المشترى أيضا لانعدام المطالبة فى حقه فرق بين هذا وبين ما اذا شرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على انسان انه يضمن البائع ووجه الفرق أن وجوب الضمان هناك على البائع قبيل البيع لكونه متعديا باشراع الجناح والاشراع على حاله لم يتغير فلا يتغير ما تعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعديا بترك النقض المستحق وذلك عند سقوط الحائط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدى عند السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا طولب الاب بنقض حائط الصغير فلم ينقض حتى مات الاب أو بلغ الصبى ثم سقط الحائط أنه لا ضمان فيه لان قيام الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ والله تعالى أعلم (ومنها) امكان النقض بعد المطالبة وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقض فى مدة يمكنه نقضه فيها لان الضمان يجب بترك النقض الواجب ولا وجوب بدون الامكان حتى لو طولب بالنقض فلم يفرط فى نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط الحائط فتلف به شئ لا ضمان عليه لانه اذا لم يتمكن من النقض لم يكن بترك النقض متعديا فبقى حق الغير حاصلا فى يده بغير صنعه فلا يكون مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته فالواجب بهذه الجناية ماهو الواجب بجنسها من جناية الحافر ومن فى معناه وجناية السائق والقائد والناخس وهو ماذكرنا ان الجناية ان كانت على بنى آدم وكانت نفسا فالواجب بها الدية وان كانت مادون النفس فالواجب بها الارش فاذا بلغ الواجب بها نصف عشر دية الذكر وهو عشر دية الانثى فما فوقه تتحمله العاقلة ولا تتحمل مادون ذلك ولا ما يجب بالجناية على غير بنى آدم بل يكون فى ماله لما بينا فيما تقدم الا أن ظهور الملك لصاحب الحائط فى الدار عند الانكار بحجة مطلقة وهى البينة شرط تحمل العاقلة حتى لو أنكرت العاقلة كون الدار ملكا لصاحب الحائط لا عقل عليهم حتى يقيم صاحب الدار البينة على الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقديم اليه من سقوط الحائط وعلى أن الدار له بريديه عند الانكار أما الشهادة على الملك فلان الملك وان كان ثابتا له بظاهر اليد لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره اذ هو حجة للدفع لا حجة الاستحقاق لحياة المفقود وغير ذلك فلا بد من الاثبات بالبينة وعند زفر رحمه الله تتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الشفعة (وأما) الشهادة على المطالبة

لان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من اثباتها بالبينة عند الانكار (وأما) الشهادة على الموت من سقوط الحائط فلان به يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدى لانه مالم يعلم انه مات من السقوط لا يعلم كون صاحب الحائط متعديا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ فى القسامة هذا الذى ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها فاما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وعند مالك رحمه الله وجوب القسامة والقصاص والكلام فى القسامة يقع فى مواضع فى تفسير القسامة و بيان محلها وفى بيان شرائط وجوب القسامة والدية وفى بيان سبب وجوب القسامة والدية وفى بيان من يدخل فى القسامة والدية وفى بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية أما تفسير القسامة و بيان محلها فالقسامة فى اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسيم أى حسن جميل وفى صفات النبى عليه الصلاة والسلام قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا ان فى عرف الشرع تستعمل فى اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا حلفوا يغرمون الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال مالك رحمه الله ان كان هناك لوث يستحلف الاولياء خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعى عليه وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل فى واحد بعينه أو يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعى رحمه الله ان كان هناك لوث أى عداوة ظاهرة وكان بين دخوله المحلة و بين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولى عين القاتل فان عين القاتل يقال للولى احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان فى قول يقتل القاتل الذى عينه كما قال مالك رحمه الله وفى قول يغرمه الدية فان عدم أحد هذين الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل المحلة فاذا حلفوا لاشئ عليهم كما فى سائر الدعاوى احتجا لوجوب القسامة على المدعى بحديث سهل بن أبى خيثمة أنه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب خيبر فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبى عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه اما حويصة واما محيصة الكبير منهما فقال يارسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا فى قليب من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه الصلاة والسلام يحلف لكم اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون فقال عليه الصلاة والسلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على مالم نره فوداه عليه الصلاة من عنده ووجه الاستدلال بالحديث انه عليه الصلاة والسلام عرض الايمان على أولياء القتيل فدل أن اليمين على المدعى (ولنا) ماروى عن زياد بن أبى مريم انه قال جاء رجل الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال يارسول الله انى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ماقتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يارسول الله ليس لى من أخى الا هذا فقال بل لك مائة من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة و روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال وجد قتيل بخيبر فقال عليه الصلاة والسلام اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان وجد فى بنى اسرائيل على عهد سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام فقضى فى ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم النبى عليه الصلاة والسلام تحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت بالناموس أى بالوحى وهذا نص فى الباب و به يبطل قول مالك رحمه الله بايجاب القصاص به لان النبى عليه الصلاة والسلام غرمهم الدية لا القصاص ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية وروى أن سيدنا عمر رضى الله عنه حكم فى قتيل وجد بين قريتين فطرحه على أقربهما وألزم أهل القرية القسامة والدية وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه ولم ينقل الانكار عليهما من أحد من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) حديث سهل ففيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا اظهر النكير فيه من السلف فان فيه أنه

عليه

عليه الصلاة والسلام دعاهم الى أيمان اليهود فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون وهذا يجرى مجرى الرد لما دعاهم اليه مع ما أن رضا المدعى لا مدخل له فى يمين المدعى عليه وفيه أيضا أنه لما قال لهم يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نحلف على مالم نشهد وهذا أيضا يجرى مجرى الرد لقوله عليه الصلاة والسلام ثم انهم أنكروا ذلك لعدم علمهم بالمحلوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استخار عرض اليمين عليهم ولئن ثبت فهو مؤول وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فقال لهم عليه الصلاة والسلام يحلف منكم خمسون على الاستفهام أى أيحلف اذ الاستفهام قد يكون بحذف حرف الاستفهام كما قال الله تعالى جل شأنه تريدون عرض الدنيا أى أتريدون كما روى فى بعض ألفاظ حديث سهل أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والانكار عليهم كما قال الله تبارك وتعالى أفحكم الجاهلية يبغون حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل والحديث المشهور دليل على ما قلنا وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغى أن لا يكون شئ من الايمان على المدعى فان قيل روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فى القسامة استثنى القسامة فينبغى أن لا تكون اليمين على المدعى عليه فى القسامة لان حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان أحدهما اليمين على المدعى عليه بعينه الا فى القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه والثانى اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا فى القسامة فانه تجب معها الدية والله سبحانه وتعالى أعلم وانما جمعنا فى القسامة بين اليمين البتات والعلم الى آخره لان احدى اليمينين كانت على فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم والله تعالى عز وجل أعلم فان قيل أى فائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال عليه الصلاة والسلام لا شهادة للمتهم وقال عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز أن يقر على عبد غيره ويصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الاصل ثم بقى هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل فى الطواف لانه عليه الصلاة والسلام كان يرمل فى الطواف اظهارا للجلادة والقوة مراآة للكفرة بقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ثم بقى الرمل سنة فى الطواف حتى روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرمل فى الطواف ويقول ما أهز كتفى ولم أحدا رأيته لكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثانى أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه فى ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبى الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب القسامة والدية فأنواع منها أن يكون الموجود قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فان لم يكن شئ من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فلا يجب فيه شئ فاذا احتمل انه مات حتف أنفه واحتمل أنه قتل احتمالا على السواء فلا يجب شئ بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد فى المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى هذا قالوا اذا وجد والدم يخرج من فمه أو من أنفه أو دبره أو ذكره لا شئ فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب القئ والرعاف وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه ففيه القسامة والدية لان الدم

لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضافا الى ضرب حادث فكان قتيلا ولهذا لو وجد هكذا فى المعركة كان شهيدا وفى الاول لا يكون شهيدا ولو مر فى محلة فاصابه سيف أو خنجر فجرحه ولا يدرى من أى موضع أصابه فحمل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان لم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش فلا قسامة ولا دية وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة فيه ولا ضمان فى الوجهين جميعا وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله وجه قول أبى يوسف ان المجروح اذا لم يمت فى المحلة كان الحاصل فى المحلة مادون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجد مقطوع اليد فى المحلة ولهذا لو لم يكن صاحب فراش فلا شئ فيه كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أنه اذا لم يبرأ عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم انه مات من الجراحة فعلم ان الجراحة حصلت قتلا من حين وجودها فكان قتيلا فى ذلك الوقت كانه مات فى المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش لأنه اذا لم يصر صاحب فراش لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلا فى المحلة فلا يثبت حكمه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد من القتيل أكثر بدنه ان فيه القسامة والدية لانه يسمى قتيلا لان للاكثر حكم الكل ولو وجد عضو من أعضائه كاليد والرجل أو وجد أقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان الاقل من النصف لا يسمى قتيلا ولانا لو أوجبنا فى هذا القدر القسامة لاوجبنا فى الباقى قسامة أخرى فيؤدى الى اجتماع قسامتين فى نفس واحدة وهذا لا يجوز وان وجد النصف فان كان النصف الذى فيه الرأس ففيه القسامة والدية وان كان النصف الآخر فلا قسامة فيه ولا دية لان الرأس اذا كان معه يسمى قتيلا واذا لم يكن لا يسمى قتيلا لان الرأس أصل ولانا لو أوجبنا فى النصف الذى لا رأس فيه للزمنا الايجاب فى النصف الذى معه الرأس فيؤدى الى ما قلنا وان وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية لان الرأس وحده لا يسمى قتيلا وان وجد النصف مشقوقا فلا شئ فيه لان النصف المشقوق لا يسمى قتيلا ولان فى اعتباره ايجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما قلنا فى صلاة الجنازة اذا وجد أكثر البدن أو أقل أو نصفه على التفصيل الذى ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص ان كان قتيلا يوجب القصاص وتجب الدية ان كان قتيلا يوجب الدية وقد ذكرنا جميع ذلك فيما تقدم (ومنها) ان يكون القتيل من بنى آدم عليه الصلاة والسلام فلا قسامه فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة فى نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لان تكرار اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر فى سائر الدعاوى وكذا وجوب الدية معها لان اليمين فى الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها كما فى سائر الدعاوى الا انا عرفنا ذلك بالنصوص والاجماع فى بنى آدم خاصة فبقى الامر فيما وراءهم على الاصل ولهذا لم تجب القسامة والغرامة فى سائر الاموال كذا فى البهائم وتجب فى العبد القسامة والقيمة اذا وجد قتيلا فى غير ملك صاحبه لانه آدمى من كل وجه ولهذا يجب فيه القصاص فى العمد والكفارة فى الخطأ وتغرم العاقلة قيمته فى الخطأ وهذا على أصلهما فأما على أصل أبى يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى ولهذا قال تجب قيمته فى القتل الخطأ بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب فى المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون لما قلنا وسواء كان القتيل مسلما أو ذميا عاقلا أو مجنونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى لانه عليه الصلاة والسلام أطلق القضية بالقسامة والدية فى مطلق قتيل أخبر به فى بعض الاحاديث ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولان دم هؤلاء مضمون بالقصاص والدية فى العمد والخطأ فيكون مضمونا بالقسامة والدية وسواء وجد المسلم قتيلا فى محلة المسلمين أو فى محلة أهل الذمة لان عبد الله بن سهل الانصارى رضى الله عنه وجد قتيلا فى قليب من قليب خيبر وأوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذمى لان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم الا ما نص بدليل (ومنها) الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) انكار المدعى

عليه لان اليمين وظيفة المنكر قال عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر جعل جنس اليمين على المنكر فينفى وجوبها على غير المنكر (ومنها) المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الايمان ولهذا كان الاختيار فى حال القسامة الى أولياء القتيل لان الايمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمونه ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف أو يقر لان اليمين فى باب القسامة حق مقصود بنفسه لا انه وسيلة الى المقصود وهو الدية بدليل انه يجمع بينه و بين الدية ولهذا قال الحرث بن الازمع لسيدنا عمر رضى الله عنه انبذل ايماننا وأموالنا فقال نعم و روى ان الحارث قال أما تجزى هذه عن هذه فقال لا و روى انه قال فبم يبطل دم صاحبكم فاذا كانت مقصودة بنفسها فمن امتنع عن أداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الاداء يجبر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء بخلاف اليمين فى سائر الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هى وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى ألا ترى انه لا يجمع بينهما بل اذا حلف المدعى عليه برئ أو لا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر و بذل المال لا يلزمه شئ وههنا لو لم يحلفوا ولم يقروا و بذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس و روى عن أبى يوسف انهم لا يحبسون والدية على العاقلة ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر فيه أيضا ان الامام اذا أيس عن الحلف وسأله الاولياء ان يغرمهم الدية يقضى عليهم بالدية والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لاحد او فى يد أحد فان لم يكن ملكا لاحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان فى يد أحد بد العموم لا بد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون لا تجب القسامة وتجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة أو الدية انما تجب بترك الحفظ اللازم على ما ذكرنا فاذا لم يكن ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا لا يلزم أحدا حفظه فلا تجب القسامة والدية واذا كان فى يد العامة فحفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل وأمكن ايجاب الدية على الكل لامكان الاستيفاء منهم بالاخذ من بيت المال لان مال بيت المال مالهم فكان الاخذ من بيت المال استيفاء منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل فى فلاة من الارض ليس بملك لاحد انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الامصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على أقرب المواضع اليه فان كان أقرب الى القرى فعلى أقرب القرى وان كان أقرب الى المصر فعلى أقرب محال المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع فى يد أحد فلم يوجد القتيل فى ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية واذا كانت بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق فكان من توابع أقرب المواضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عنه عليه الصلاة والسلام وقضى به أيضا سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه على ما ذكرنا ولو وجد فى نهر عظيم كدجلة والفرات وسيحون ونحوها فان كان النهر يجرى به فلا قسامة ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا لاحد ولا فى يد أحد وقال زفر رحمه الله تجب على أقرب القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهى تسير وليست فى يد أحد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذى تسير فيه الدابة تابع لاقرب المواضع اليه فكان فى يد أهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد أحد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجرى به ولكنه كان محتبسا فى الشط أو مربوطا على الشط أو ملقى على الشط فان كان الشط ملكا فحكمه حكم الارض المملوكة أو الدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل وسنذكره ان شاء الله تعالى فان لم يكن ملكا لاحد فعلى أقرب المواضع اليه من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء و يوردون دوابهم فكان لهم تصرف فى الشط فكان الشط فى أيديهم وكذلك لو كان فى الجزيرة فعلى أقرب المواضع الى الجزيرة من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة تكون فى تصرفهم فكانت

فى أيديهم وان وجد فى نهر صغير مما يقضى فيه بالشفعة للشركاء فى الشرب ففيه القسامة والدية على أهل النهر لان النهر مملوك لهم وسواء كان القتيل محتبسا أو مربوطا على الشط أو كان النهر يجرى به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكا لار بابه كان الموضع الذى يجرى به مملوكا لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة فى قتيل يوجد فى مسجد الجامع ولا فى شوارع العامة ولا فى جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص وتجب الدية على بيت المال لان تدبير هذه المواضع ومصلحتها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصروا ضمنوا وبيت المال مالهم فيؤخذ من بيت المال وكذلك لا قسامة فى قتيل فى سوق العامة وهى الاسواق التى ليست بمملوكة وهى سوق السلطان لانها اذا لم تكن مملوكة وليس لاحد عليها يد الخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة وتجب الدية لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير فبيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا اذا وجد فى مسجد جماعتهم لا قسامة والدية فى بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد العموم توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكا تجب القسامة والدية لكن على من تجب فيه اختلاف نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولا قسامة فى قتيل يوجد فى السجن لانعدام الملك ويد الخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن فى السجن لكونهم مقهورين فيه وتجب الدية على بيت المال لان يد العموم ثابتة عليه ولان منفعة السجن لعامة المسلمين لانه بنى لاستيفاء حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله تجب القسامة والدية على أهل السجن لان لهم ضرب تصرف فى السجن فكأن لهم يدا على السجن فعليهم حفظه (ومنها) ان لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذى وجد فيه فلا قسامة ولا دية فى قن أو مدبر او أم ولد او مكاتب أو مأذون وجد قتيلا فى دار مولاه لانه ملكه ووجوده فى داره قتيلا كمباشرة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان فى المكاتب تجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته حر فكان كسبه وارشه له والمولى فيه كالاجنبى ولا تعقله العاقلة لانه اذا صار مضمونا بعقد الكتابة والعقد ثبت فى حق المولى والمكاتب لا فى حق العاقلة وفى المأذون عليه قيمته لغرمائه ان كان له دين لتعلق حق الغرماء بماليته وقد استهلك حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه وتكون حالة فى ماله لان هذا ليس ضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق الغرماء بماليته فكان هذا ضمان الاستهلاك فتكون فى ماله حالة لا مؤجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لا شئ فيه وكذلك ان قتله عمدا وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا فى دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنايته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلا فى دار الراهن أو المرتهن فان وجد قتيلا فى دار الراهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما وجب الضمان بعقد الرهن والعقد ثبت فى حق الراهن والمرتهن لا فى حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد فى دار المرتهن فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده فى داره قتيلا كمباشرة القتل منه كعبد ليس برهن وجد فى داره قتيلا وثمة القسامة والقيمة عليه كذا ههنا (وأما) بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبهما هو التقصير فى النصرة وحفظ الموضع الذى وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحملا على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لانه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولانه اذا اختص بالموضع ملكا أو يدا بالتصرف كانت منفعته له فكانت النصرة عليه اذ الخراج بالضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال تبارك وتعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتيل اذا وجد فى موضع اختص به واحد او جماعة اما بالملك أو باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع ألزمهم القسامة دفعا للتهمة

والدية لوجود القتيل بين أظهرهم والى هذا المعنى أشار سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه حينما قيل أنبذل أموالنا وأيماننا فقال أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم واذا عرف هذا فنقول القتيل اذا وجد فى المحلة فالقسامة والدية على أهل المحلة للاحاديث واجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما ذكرنا ولان حفظ المحلة عليهم وتقع ولاية التصرف فى المحلة عائد اليهم وهم المتهمون فى قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا اذا وجد فى مسجد المحلة أو فى طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فان لم يكمل العدد خمسين رجلا تكرر الايمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا لما روى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه انه حلف رجال القسامة فكانوا تسعة وأربعين رجلا فأخذ منهم واحدا وكرر عليه اليمين حتى كملت خمسين يمينا وكان ذلك بمحضر الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه خالفه أحد فيكون اجماعا ولان هذه الايمان حق ولى القتيل فله أن يستوفيها ممن يمكن استيفاؤها منه فان أمكن الاستيفاء من عدد الرجال الخمسين استوفى وان لم يمكن يستوفى عدد الايمان التى هى حقه وان كان العدد كاملا فاراد الولى أن يكرر اليمين على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لان موضوع هذه الايمان على عدد الخمسين فى الاصل لا على واحد وانما التكرار على واحد لضرورة نقصان العدد ولا ضرورة عند الكمال وان كان فى المحلة قبائل شتى فان كان فيها أهل الخطة والمشترون فالقسامة والدية على أهل الخطة ما بقى منهم واحد فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وقال أبو يوسف رحمه الله عليهم وعلى المشترين جميعا (وجه) قوله ان الوجوب على أهل الخطة باعتبار الملك والملك ثابت للمشترين ولهذا اذا لم يكن من أهل الخطة أحد كانت القسامة على المشترين (وجه) قولهما ان أهل الخطة أصول فى الملك لان ابتداء الملك ثبت لهم وانما انتقل عنهم الى المشترين فكانوا أخص بنصرة المحلة وحفظها من المشترين فكانوا أولى بايجاب القسامة والدية عليهم وكان المشترى بينهم كالاجنبى فما بقى واحد منهم لا ينتقل الى المشترى وقيل أن أبا حنيفة بنى الجواب على ما شاهد بالكوفة وكان تدبير أمر المحلة فيها الى أهل الخطة وأبو يوسف رأى التدبير الى الاشراف من أهل المحلة كانوا من أهل الخطة أولا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف فى الحقيقة لان كل واحد منهما عول على معنى الحفظ والنصرة فان فقد أهل الخطة وكان فى المحلة ملاك وسكان فالدية على الملاك لا على السكان عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف عليهم جميعا له ما روى أن رسول الله عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على أهل خيبر وكانوا سكانا ولان للساكن اختصاصا بالدار يدا كما ان للمالك اختصاصا بها ملكا ويد الخصوص تكفى لوجوب القسامة (وجه) قولهما أن المالك أخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لان اختصاصه اختصاص ملك وانه أقوى من اختصاص اليد ألا يرى أن السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون وأما ايجاب القسامة على يهود خيبر فممنوع انهم كانوا سكانا بل كانوا ملاكا فانه روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرهم على املاكهم ووضع الجزية على رؤسهم وما كان يؤخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجزية لا على سبيل الاجرة ولو وجد قتيل فى سفينة فان لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية على أرباب السفينة وعلى من يمدها ممن يملكها أو لا يملكها وان كان معهم فيها ركاب فعليهم جميعا وهذا فى الظاهر يؤيد قول أبى يوسف فى ايجابه القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يفرقان بين السفينة والمحلة لان السفينة تنقل وتحول من مكان الى مكان فتعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة اذا وجد عليها قتيل بخلاف الدار فانها لا تحتمل النقل والتحويل فيعتبر فيها الملك والتحويل ما أمكن لا اليد وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة لانها تنقل وتحول ولو وجد القتيل معه رجل يحمله على ظهره فعليه القسامة والدية لان القتيل فى يده ولو وجد جريح معه به رمق يحمله حتى أتى به أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لا يضمن عند أبى يوسف وقال أبو يوسف وفى قياس قول أبى حنيفة رضى الله عنه يضمن (وجه) القياس أن الحامل قد ثبتت يده عليه مجروحا فاذا مات من الجرح فكانه مات فى يده وهذا تفريع على من جرح فى قبيلة فتحامل الى قبيلة أخرى

فمات فيهم وقد ذكرناه فيما تقدم وكذلك اذا كان على دابة ولها سائق أو قائد أو عليها راكب فعليه القسامة والدية لانه فى يده وان اجتمع السائق والقائد والراكب فعليهم جميعا لان القتيل فى أيديهم فصار كانه وجد فى دارهم وان وجد على دابة لا سائق لها ولا قائد ولا راكب عليها فان كان ذلك الموضع ملكا لاحد فالقسامة والدية على المالك وان كان لا مالك له فعلى أقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع فهو هدر لما قلنا فيما تقدم فان وجدت الدابة فى محلة فعلى أهل تلك المحلة وكذلك اذا وجد فى فلاة من الارض أنه ينظر ان كان ذلك المكان الذى وجد فيه ملكا لانسان فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلى أقرب المواضع اليه من الامصار والقرى اذا كانت بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ فهو هدر لما قلنا وذكر فى الاصل فى قتيل وجد بين قريتين انه يضاف الى أقربهما لما روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بان يوزع بين قريتين فى قتيل وجد بينهما وكذا روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه فى قتيل وجد بين وادعة وأرحب وكتب اليه عامله بذلك فكتب اليه سيدنا عمر رضى الله عنه ان قس بين القريتين فايهما كان أقرب فالزمهم فوجد القتيل الى وادعة أقرب فالزموا القسامة والدية وذلك كله محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ الصوت الى الموضع الذى وجد فيه القتيل كذا ذكر محمد فى الاصل حكاه الكرخى رحمه الله والفقه ماذكرنا فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية على أقربهما فان وجد فى المعسكر فى فلاة من الارض فان كانت الارض التى وجد فيها لها ارباب فالقسامة والدية على ارباب الارض لانهم أخص بنصرة الموضع وحفظه فكانوا أولى بايجاب القسامة والدية عليهم وهذا على أصلهما لان المعسكر كالسكان والقسامة على الملاك لا على السكان على أصلهما (فأما) على أصل أبى يوسف رحمه الله فالقسامة والدية عليهم جميعا وان يكن فى ملك أحد بان وجد فى خباء أو فسطاط فعلى من يسكن الخباء والفسطاط وعلى عواقلهم القسامة والدية لان صاحب الخيمة خص بموضع الخيمة من أهل العسكر بمنزلة صاحب الدار مع أهل المحلة ثم القسامة على صاحب الدار اذا وجد فيها قتيل لا على أهل المحلة كذا ههنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخباء فعلى أقرب الاخبية والفساطيط منهم القسامة والدية كذا ذكر فى ظاهر الرواية لان الاقرب أولى بايجاب القسامة والدية لما ذكرنا وعن أبى حنيفة رضى الله عنه اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية على جماعتهم كالقتيل يوجد فى المحلة جعل الخيام المحمولة كالمحلة على هذه الرواية هذا اذا لم يكن العسكر لقوا عدوا فان كانوا قد لقوا عدوا فاقتتلوا فلا قسامة ولا دية فى قتيل يوجد بين أظهرهم لانهم اذا لقوا عدوا وقاتلوا فالظاهر ان العدو قتله لا المسلمون اذ المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتيل فى أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهل القرية فالقسامة والدية على صاحب الارض لا على أهل القرية لان صاحب الارض أخص بنصرة أرضه وحفظها من أهل القرية فكان أولى بايجاب القسامة والدية عليه كصاحب الدار مع أهل المحلة ولو وجد قتيل فى دار انسان وصاحب الدار من أهل القسامة فالقسامة والدية على صاحب الدار وعلى عاقلته كذا ذكر فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كانت العاقلة حضورا أو غيبا وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله أن القسامة على رب الدار وعلى عاقلته حضورا كانوا أو غيبا وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقل هكذا ذكر فيه وقال الكرخى رحمه الله ان كانت العاقلة حضورا فى المصر دخلوا فى القسامة وان كانت غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلته أما دخول العاقلة فى القسامة اذا كانوا حضورا فهو قولهما وظاهر قول أبى يوسف لا قسامة على العاقلة يقتضى أن لا يدخلوا فى القسامة (وجه) قول زفر رحمه الله انه لما لزمتهم الدية لزمتهم القسامة كاهل المحلة ولابى يوسف أن صاحب الدار أخص بالنصرة وبالولاية والتهمة فلا يشاركه العاقلة كما لا يشاركه أهل المحلة غيرهم (وجه) قولهما أن العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه فى سبب وجوب القسامة

فيشاركونه

فيشار كونه فى القسامة أيضاً و بهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ماذكره الكرخى رحمه الله لان معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لانه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم الا أنه تجب عليهم الدية لان وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل المعين اذا كان صبيا أو مجنونا أو خاطئاً وسواء كانت الدار فيها ساكن أو كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية أما على أصل أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما فظاهر لانهما يعتبران الملك دون السكنى فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة (وأما) أبو يوسف رحمه الله فانما يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار يداولم يوجد ههنا وسواء كان الملك الذى وجد فيه القتيل خاصاً أو مشتركا فالقسامة والدية على أرباب الملك لما قلنا وسواء اتفق قدر انصباء الشركاء أو اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر فى ذلك عدد الرؤس لا قدر الانصباء كما فى الشفعة لان حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساويا فى استحقاق الشفعة لان الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وانه لا يختلف باختلاف قدر الملك وذكر فى الجامع الصغير فيمن باع دارا ووجد فيها قتيل قبل أن يقبضها المشترى أن القسامة والدية على البائع اذا لم يكن فى البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من الدار فى يده فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الدية على مالك الدار ان لم يكن فى البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر رحمه الله الدية على المشترى الا أن يكون للبائع خيار فتكون الدية عليه (وجه) قول زفر أن الملك للمشترى اذا لم يكن فيه خيار وكذا اذا كان الخيار للمشترى لان خيار المشترى لا يمنع دخول المبيع فى ملكه عنده فاذا كان الخيار للبائع فالملك له لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف (وجه) قولهما انه اذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشترى وانما للبائع صورة يد من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها فى القسامة كيد المودع فكانت القسامة والدية على المشترى واذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لانها اذا صارت للبائع فقد انفسخ البيع وجعل كانه لم يكن وان صارت للمشترى فقد انبرم البيع وتبين انه ملكها بالعقد من حين وجوده (وأما) تصحيح مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فمشكل من حيث الظاهر لانه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد وان كانت اليد يد تصرف كيد الساكن والثابت للبائع صورة يد من غير تصرف فأولى أن لا يعتبره لكن لا اشكال فى الحقيقة لان الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة الا أنه يضاف الحفظ الى الملك لان استحقاق اليد به عادة فيقام مقام اليد فكانت الاضافة الى مابه حقيقة الحفظ أولى الا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن واذا وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما رحمهما الله لا شئ فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وروى عن أبى حنيفة رحمه الله مثل قولهم (وجه) قولهم أن القتل صادفه والدار ملكه وانما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لان القتل فعل القاتل ولا صنع لاحد فى الموت بل هو من صنع الله تبارك وتعالى فلم يقتل فى ملك الورثة فلا سبيل الى ايجاب الضمان على الورثة وعواقلهم ولان وجوده قتيلا فى دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كانه قتل نفسه بنفسه فيكون هدراً ولابى حنيفة رضى الله عنه ان المعتبر فى القسامة وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل فى الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم تجب كما لو وجد قتيلا فى دار ابنه فان قيل كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وان الدية تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضا وفيه ايجاب لهم أيضا وعليهم وهذا ممتنع فالجواب ممنوع أن الدية تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فتكون له ولو بدليل أنه يجهز منها وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لاستغناء الميت عنه والورثة أقرب الناس اليه وصار كما لو وجد الاب قتيلا فى دار ابنه أو فى بئر حفرها ابنه أليس أنه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا

يمتنع ذلك لما قلنا كذا هذا وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو ممكن أيضا لانه تجب على عاقلته لتقصيرهم فى حفظ الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم تنتقل منه الى ورثته عند فراغه عن حاجته وذكر محمد اذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلا فى داره أن على عاقلته دية ابنه ودية أخيه وان كان هو وارثه لما قلنا أن وجود القتيل فى الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكاتب قتيلا فى دار نفسه فدمه هدر لان داره فى وقت ظهور القتيل ليست لورثته بل هى على حكم ملك نفسه الى أن يؤدى بدل الكتابة فصار كانه قتل نفسه فهدر دمه رجلان كانا فى بيت ليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه (وجه) قوله أنه يحتمل أنه قتله صاحبه ويحتمل أنه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف أن الظاهر أنه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا واحتمال خلاف الظاهر ملحق بالعدم ألا ترى أن مثل هذا الاحتمال ثابت فى قتيل المحلة ولم يعتبر

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يدخل فى القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل فى ذلك فنقول وبالله التوفيق الصبي والمجنون لا يدخلان فى القسامة فى أى موضع وجد القتيل سواء وجد فى غير ملكهما أو فى ملكهما لان القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولهذا لا يستحلفان فى سائر الدعاوى ولان القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما اذا وجد القتيل فى ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل يدخلان فى الدية مع العاقلة فان وجد القتيل فى غير ملكهما كالمحلة وملك انسان لا يدخلان فيها وان وجد فى ملكهما يدخلان لان وجود القتيل فى ملكهما كمباشرتهما القتل وهما مؤاخذان بضمان الافعال وعلى قياس ما ذكره الطحاوى رحمه الله لا يدخلان فى الدية مع العاقلة أصلا لكنه ليس بسديد لان هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبي والمجنون مؤاخذان بافعالهما ولا يدخل العبد المحجور والمدبر وأم الولد فى القسامة والدية لان هؤلاء لا يستنصر بهم عادة وليسوا من أهل ملك المال أيضا فلا تلزمهم الدية وأما المأذون والمكاتب فلا يدخلان فى قسامة وجبت فى قتيل وجد فى غير دارهما وان وجد فى دارهما أما المأذون ان لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلته استحسانا والقياس أن تجب عليه القسامة واذا حلف يخاطب المولى بالدفع أو الفداء (وجه) القياس أن العبد من أهل اليمين ألا ترى أنه يستحلف فى الدعاوى ووجود القتيل فى داره بمنزلة مباشرة القتل خطأ وان قتله خطأ يخير المولى بين الدفع والفداء كذا هذا وجه الاستحسان أن فائدة الاستحلاف جريان القسامة لسبب هو النكول لانه لا يقضى بالنكول فى هذا الباب بل يحبس حتى يحلف أو يقر ولو قر بالقتل خطأ لا يصح اقراره لانه اقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف مفيداً فلا تجب عليه القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلته لان الملك له وان كان عليه دين فينبغى فى قياس قول أبى حنيفة أنه تجب القسامة على العبد لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلا يملك الدار وفى الاستحسان تجب على المولى لان المولى ان كان لا يملكها فالغرماء لا يملكونها أيضا والعبد لا ملك له والمولى أقرب الناس اليه فكانت القسامة عليه مع ما أن للمولى حقا فى الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضاء دين الغرماء فكان أولى بايجاب القسامة (وأما) المكاتب اذا وجد قتيلا فى داره فعليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل فى داره كمباشرته القتل فلا يكون على مولاه كما لا يكون عليه فى مباشرته وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه يكرر عليه الايمان فان حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية الا قدر عشرة دراهم لان عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية المدبر ولو كان القتيل مولى المكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل فى داره كمباشرته القتل وتكون القيمة حالة لا مؤجلة لما قلنا ولا تدخل المرأة فى القسامة والدية فى قتيل يوجد فى غير ملكها لان وجوبهما بطريق النصرة وهى ليست من أهلها وان وجد فى دارها أو فى قريتها لا يكون بها غيرها عليها القسامة فتستحلف

ويكرر

ويكرر عليها الايمان وهذا قولهما وقال أبو يوسف عليها الا على عاقلتها وجه قوله ان لزوم القسامة للزوم النصرة وهي ليست من أهل النصرة فلا تدخل في القسامة ولهذا لم تدخل مع أهل المحلة (وجه) قولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع أهلية القسامة وقد وجد في حقها أما الملك فثابت لها وأما الاهلية فلان القسامة يمين وانها من أهل اليمين ألا يرى انها تستحلف في سائر الحقوق ومعنى النصرة يراعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقة في السفر وهل تدخل مع العاقلة في الدية ذكر الطحاوي مايدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل في التحمل الا ان يكون ذكرا عاقلا بالغا فاذا لم تدخل عند وجود القتل منها عينا فههنا أولى وأصحابنا رضي الله عنهم قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسألة وأنكروا على الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة والدية الاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من أهل الاستحلاف والحفظ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة أما النص فهو التصريح بلفظ الابراء وما يجرى مجراه كقوله أبرأت أو أسقطت أو عفوت ونحو ذلك لان ركن الابراء صدر ممن هو من أهل الابراء في محل قابل للبراءة فيصح وأما الدلالة فهي ان يدعى ولي القتيل على رجل من غير أهل المحلة فيبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية لان ظهور القتيل في المحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلا فاقدام الولي على الدعوى عليه يكون نفيا للقتل عن أهل المحلة فيتضمن براءتهم عن القسامة والدية فان أقام البينة على المدعى عليه والا حلف فان حلف برئ وان نكل حبس حتى يحلف أو يقر في قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما) يقضى بالدية ولو شهد اثنان من أهل المحلة للولي بهذه الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل (وجه) قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة وقد زالت بالبراءة فلا معنى لرد الشهادة ولابي حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة في شهادتهم من وجهين أحدهما ان من الجائز انه ابرأهم ليتوسل بالابراء الى تصحيح شهادتهم والثاني انه أحسن اليهم بالابراء حيث أسقط القسامة والدية عنهم فمن الجائز انهم أرادوا بالمكافأة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فمن وجهين أولى ولان أهل المحلة كانوا خصماء في هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالابراء عن الخصومة لان السبب الموجب لكونهم خصماء قائم وهو وجود القتيل فيهم كالوكيل بالخصومة اذا خاصم ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولي القتيل على رجل بعينه من أهل المحلة فالقسامة والدية بحالها في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان القسامة تسقط وكذا روى محمد وقال أبو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا انا تركناه للاثر (وجه) رواية ابن المبارك رحمه الله ان تعيين الولي واحدا منهم ابراء عن الباقين دلالة فتسقط عنهم القسامة كما لو أبرأهم نصا (وجه) ظاهر الرواية ان القاتل أحد أهل المحلة ظاهرا والولي كذلك الا أنه عين وهو متهم في التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا تعتبر حكم القسامة الا بها فان أقام البينة من غير أهل المحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ ولو شهد شاهدان من المحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه لان الخصومة بعد هذه الدعوى قائمة فكان الشاهد خصما لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم واذا لم تقبل شهادة أهل المحلة عليه ولم يقم بينة أخرى وبقيت القسامة على أهل المحلة على حالها يحلف المدعى عليه والشاهدان مع أهل المحلة حتى يكمل خمسون رجلا من أهل المحلة ثم كيف يستحلف الشهود مع أهل المحلة عندهما يحلفون بالله سبحانه وتعالى ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان وعند أبي يوسف يحلفون بالله جل شأنه ماقتلناه ولا يزادون على ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى استحلافهم على العلم وما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله أولى لان فيما قالا مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البتات والعلم بالقدر الممكن فيما وراء المستثنى وفيما قاله أبو يوسف ترك اليمين على العلم أصلا فكان ما لا قاه

أولى ولو ادعى أهل تلك المحلة على رجل منهم أو من غيرهم تصح دعواهم فان أقاموا البينة على ذلك الرجل يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ان وافقهم الاولياء فى الدعوى على ذلك الرجل وان لم يوافقوهم فى الدعوى عليه لا يجب عليه شىء لان الاولياء قد أبرؤه حيث أنكروا وجود القتل منه ولا يجب على أهل المحلة أيضا شىء لانهم أثبتوا القتل على غيرهم وان لم يقم لهم البينة وحلف ذلك الرجل تجب القسامة على أهل المحلة ثم كيف يحلفون فهو على الاختلاف الذى ذكرنا والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الجناية على مادون النفس مطلقا فالكلام فى هذه الجناية يقع فى موضعين أحدهما فى بيان أنواعها والثانى فى بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالجناية على مادون النفس مطلقا أنواع أربعة أحدها ابانة الاطراف وما يجرى مجرى الاطراف والثانى اذهاب معانى الاطراف مع ابقاء أعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح أما النوع الاول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والانف واللسان والذكر والانثيين والاذن والشفة وفقء العينين وقطع الاشفار والاجفان وقلع الاسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب وأما النوع الثانى فتفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والايلاد والبطش والمشى وتغير لون السن الى السواد والحمرة والخضرة ونحوها مع قيام المحال الذى تقوم بها هذه المعانى ويلحق بهذا الفصل اذهاب العقل وأما النوع الثالث فالشجاج احدعشر أولها . الخارصة . ثم الدامعة . ثم الدامية . ثم الباضعة . ثم المتلاحمة . ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة . ثم المنقلة . ثم الآمة . ثم الدامغة .. (فالخارصة) هى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم والدامعة هى التى يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع فى العين والدامية هى التى يسيل منها الدم والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه هكذا روى أبو يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم منها الدم ويسود والسمحاق اسم لتلك الجلدة الا ان الجراحة سميت بها والموضحة التى تقطع السمحاق وتوضح العظم أى تظهره والهاشمة هى التى تهشم العظم أى تكسره والمنقلة هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله من موضع الى موضع والآمة هى التى تصل الى أم الدماغ وهى جلدة تحت العظم فوق الدماغ والدامغة هى التى تخرق تلك الجلدة وتصل الى الدماغ فهذه إحدى عشر شجة ومحمد ذكر الشجاج تسعا ولم يذكر الخارصة ولا الدامغة لان الخارصة لا يبقى لها أثر عادة والشجة التى لا يبقى لها أثر لا حكم لها فى الشرع والدامغة لا يعيش الانسان معها عادة بل تصير نفسا ظاهراً وغالباً فتخرج من ان تكون شجة فلا معنى لبيان حكم الشجة فيها لذلك ترك محمد ذكرهما والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الرابع فالجراح نوعان جائفة وغير جائفة فالجائفة هى التى تصل الى الجوف والمواضع التى تنفذ الجراحة منها الى الجوف هى الصدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الانثيين والدبر ولا تكون فى اليدين والرجلين ولا فى الرقبة والحلق جائفة لانه لا يصل الى الجوف وروى عن أبى يوسف ان ما وصل من الرقبة الى الموضع الذى لو وصل اليه من الشراب قطرة يكون جائفة لانه لا يفطر الا اذا وصل الى الجوف ولا تكون الشجة الا فى الرأس والوجه وفى مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين ولا تكون الآمة الا فى الرأس والوجه وفى الموضع الذى تتخلص منه الى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات الا فى هذه المواضع عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات فى كل البدن وهذا غير سديد لان هذا القائل ان رجع فى ذلك الى اللغة فهو غلط لان العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة فتسمى ما كان فى الرأس والوجه فى مواضع العظم منها شجة وما كان فى سائر البدن جراحة فتسمية الكل شجة يكون غلطا فى اللغة وان رجع فيه الى المعنى فهو خطأ لان حكم هذه الشجاج يثبت للشين الذى يلحق المشجوج ببقاء أثرها بدليل أنها لو برأت ولم يبق لها أثر لم يجب بها ارش والشين انما يلحق فيما يظهر فى البدن وذلك هو الوجه والرأس وأما ما سواهما فلا يظهر بل يغطى عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق فى الوجه والرأس

والله

والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما أحكام هذه الانواع فهذه الانواع مختلفة الاحكام (منها) ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه ارش مقدر (ومنها) ما يجب فيه ارش غير مقدر (أما) الذى فيه القصاص فهو الذى استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فى موضعين (أحدهما) فى بيان شرائط وجوب القصاص (والثانى) فى بيان وقت الحكم بالقصاص (أما) الاول فنقول شرائط وجوب القصاص أنواع (بعضها) يعم النفس ومادونها و بعضها يخص مادون النفس (أما) الشرائط العامة فما ذكرنا فى بيان شرائط وجوب القصاص فى النفس من كون الجانى عاقلا بالغاً متعمداً مختارا وكون المجنى عليه معصوما مطلقاً لا يكون جزء الجانى ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة لما ذكرنا من الدلائل (وأما) الشرائط التى تخص الجناية فيما دون النفس فمنها المماثلة بين المحلين فى المنافع والفعلين و بين الارشين لان المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة شرعا النص والمعقول (أما) النص فقوله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى جل شأنه والجروح قصاص فان قيل ليس فى كتاب الله تبارك وتعالى بيان حكم مادون النفس الا فى هذه الآية الشريفة وانه اخبار عن حكم التوراة فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا تلزمنا (فالجواب) ان من القراء المعروفين من ابتدأ الكلام من قوله عز شأنه والعين بالعين بالرفع الى قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به على ابتداء الايجاب لا على الاخبار عما فى التوراة فكان هذا شريعتنا لا شريعة من قبلنا على ان هذا ان كان اخبارا عن شريعة التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فيصير شريعة لنبينا صلى الله عليه وسلم مبتدأة فيلزمنا العمل به على انه شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم لا على انه شريعة من قبله من الرسل على ما عرف فى أصول الفقه الا انه لم يذكر وجوب القصاص فى اليد والرجل نصا لكن الايجاب فى العين والانف والاذن والسن ايجاب فى اليد والرجل دلالة لانه لا ينتفع بالمذكور من السمع والبصر والشم والسن الا صاحبه (ويجوز) ان ينتفع باليد والرجل غير صاحبهما فكان الايجاب فى العضو المنتفع به فى حقه على الخصوص ايجابا فيما هو منتفع به فى حقه وفى حق غيره من طريق الاولى فكان ذكر هذه الاعضاء ذكراً لليد والرجل بطريق الدلالة له كما فى التأفف مع الضرب فى الشتم على ان فى كتابنا حكم مادون النفس قال الله فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال الله تعالى عز شأنه وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وأحق ما يعمل فيه بهاتين الآيتين مادون النفس (وقال) تبارك وتعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها ونحو ذلك من الآيات (وأما) المعقول فهو ان مادون النفس له حكم الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالاموال ألا ترى انه يستوفى فى الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصى يلى استيفاء مادون النفس للصغير كما يلى استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر فى اتلاف الاموال (ومنها) ان يكون المثل ممكن الاستيفاء لان استيفاء المثل بدون امكان استيفائه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفاء ضرورة ويبتنى على هذين الاصلين مسائل (فنقول) و بالله تعالى التوفيق لا يؤخذ شىء من الاصل الا بمثله فلا تؤخذ اليد الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلا لها اذ التجانس شرط للمماثلة (وكذا) الرجل والاصبع والعين والانف ونحوها لما قلنا (وكذا) الابهام لا تؤخذ الا بالابهام ولا السبابة الا بالسبابة ولا الوسطى الا بالوسطى ولا البنصر الا بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان منافع الاصابع مختلفة فكانت كالاجناس المختلفة وكذلك لا تؤخذ اليد اليمين الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى لان لليمين فضلا على اليسار ولذلك سميت يميناً وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمين منها الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى وكذلك الاعين لما قلنا وكذلك الاسنان لا تؤخذ الثنية الا بالثنية ولا الناب الا بالناب ولا الضرس الا بالضرس لاختلاف منافعها فان بعضها قواطع و بعضها طواحن و بعضها ضواحك واختلاف المنفعة بين الشيئين يلحقهما بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا يؤخذ الاعلى منها بالاسفل ولا الاسفل

بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل فى المنفعة ولا يؤخذ الصحيح من الاطراف الا بالصحيح منها فلا تقطع اليد الصحيحة ولا كاملة الاصابع بناقصة الاصابع أو مفصل من الاصابع وكذلك الرجل والاصبع وغيرها العدم المماثلة بين الصحيح والمعيب وان كان العيب فى طرف الجانى فالمجنى عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ ارش الصحيح لان حقه فى المثل وهو السليم ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وأمكنه الاستيفاء من وجه ولا سبيل الى الزام الاستيفاء حتما لما فيه من الزام استيفاء حقه ناقصاً وهذا لا يجوز فيخير ان شاء رضى بقدر حقه واستوفاه ناقصاً وان شاء عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش كمن أتلف على انسان شيئاً له مثل والمتلف جيد فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق منه الا الردىء ان صاحب الحق يكون بالخيار ان شاء أخذ الموجود ناقصاً وان شاء عدل الى قيمة الجيد لما قلنا كذا هذا (ولو أراد) المجنى عليه ان يأخذه ويضمنه النقصان هل له ذلك قال أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس له ذلك (وقال) الشافعى له ذلك قوله ان حقه فى المثل ولا يمكنه استيفاؤه من هذه اليد من كل وجه فيستوفى حقه منها بقدر ما يمكن و يضمنه الباقى كما لو أتلف على آخر شيئاً من المثليات فانقطع عن أيدى الناس الا القدر بعض حقه انه يأخذ القدر الموجود من المتلف و يضمنه الباقى كذا هذا (ولنا) انه قادر على استيفاء اصل حقه وانما الفائت هو الوصف وهو صفة السلامة فاذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصاً كان ذلك رضا منه بسقوط حقه عن الصفة كما لو أتلف شيئاً من ذوات الامثال وهو جيد فانقطع عن أيدى الناس نوع الجيد ولا يوجد الا الردىء منه انه ليس له الا ان يأخذه أو قيمة الجيد كذلك هذا بخلاف ما ذكره من المسألة لان هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل جزء من أجزائه صورة ومعنى فكان له ان يستوفى الموجود و يأخذ قيمة الباقى وههنا حق المجنى عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل دون الاصابع بدليل انه لو أراد ان يقطع الاصابع و يبرأ عن الكف ليس له ذلك فلم تكن الاصابع عين حقه ان كان البعض قطع الاصابع بان كانت جارية مجرى الصفة كالجودة فى المكيل فلا يكون له ان يطالب بشىء آخر كما فى تلك المسألة (ولو) ذهبت الجارحة المعينة قبل ان يختار المجنى عليه أخذها أو قطعها قاطع بطل حق المجنى عليه فى القصاص لفوات محله (وهل يجب) الارش على الجانى فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قطع يدا صحيحة وهو على التفصيل الذى ذكرنا فيما تقدم انها ان سقطت بآفة سماوية أو قطعت ظلما لا شىء عليه ولو قطعت بحق من قصاص أو سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة (وعند) الشافعى رحمه الله عليه الارش فى الوجهين والكلام فيه راجع الى أصل وقد تقدم ذكره وهو ان موجب العمد القصاص عينا عندنا فى النفس وما دونه (وعنده) أحدهما غير عين فى قول وفى قول القصاص عينا لكن مع حق العدول الى المال (وقد) ذكرنا هذا الاصل بفروعه فى بيان حكم الجناية على النفس الا انه اذا كان القطع بحق يجب الارش لانه قضى بالطرف حقا مستحقا عليه فصار كانه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ وغيره على ما مر ذكره واذا ثبت هذا فى الصحيحة فنقول حق المجنى عليه كان متعلقا باليد المعينة بعينها وإنما ينتقل عنها الى الارش عند اختياره فاذا لم يختر حتى هلكت بقى حقه متعلقا باليد (فان قيل) أليس انه كان مخيرا بين القصاص والارش فاذا فات أحدهما تعين الآخر قيل لا بل حقه كان فى اليد على التعيين الا ان له ان يعدل عنه الى بدله عند الاختيار فاذا هلك قبل الاختيار بقى حقه فى اليد فاذا هلكت فقد بطل محل الحق فبطل الحق أصلا ورأسا والله تعالى عز وجل الموفق (ولو كانت) يد القاطع صحيحة وقت القطع ثم شلت بعده فلا حق للمقطوع فى الارش لان حقه ثبت فى اليد عينا بالقطع فلا ينتقل الى الارش بالنقصان كما اذا ذهب الكل بآفة سماوية انه يسقط حقه أصلا ولا ينتقل الى الارش لما قلنا كذا هذا ولا قصاص الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند أو مفصل المرفق أو مفصل الكتف فى اليد أو مفصل الكعب أو مفصل الركبة أو مفصل الورك فى الرجل وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد أو العضد أو الساق أو الفخذ لانه يمكن استيفاء المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها (وليس) فى لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا

فى الالية قصاص ولا فى لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا فى جلدة الرأس وجلدة اليدين اذا قطعت لتعذر استيفاء المثل ولا فى اللطمة والوكزة والوجأة والدقة لما قلنا ولا يؤخذ العدد بالعدد فيما دون النفس مما يجب على أحدهما فيه القصاص لوانفرد كالاثنين اذا قطعا يد رجل أو رجله أو اصبعه أو أذهبا سمعه أو بصره أو قلعا سناً له أو نحو ذلك من الجوارح التى على الواحد منهما فيها القصاص لوانفرد به فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عددهم بالسواء وهذا عندنا وعند الشافعى يجب القصاص عليهم وان كثروا كما فى النفس واحتج بما روى ان رجلين شهدا بين يدى سيدنا على رضى الله تعالى عنه على رجل بالسرقة فامر بقطع يده ثم جاآ بآخر وقالا أوهمنا انما السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله تعالى عنه لا أصدقكما على هذا واغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما لقطعت أيديكما فقد اعتقد سيدنا على رضى الله تعالى عنه قطع اليدين بيد واحدة وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم الانفس تقتل بنفس واحدة فكذا الايدى تقطع بيد واحدة لان حكم التبع حكم الاصل (ولنا) ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلائل ولا مماثلة بين الايدى و يد واحدة لا فى الذات ولا فى المنفعة ولا فى الفعل (أما) فى الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة بين العدد بين الفرد من حيث الذات بحقيقته انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء والقائت هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة فى الوصف لما منع جريان القصاص ففواتها فى الذات أولى (وأما) فى المنفعة فلان من المنافع ما لا يتأتى الا باليدين كالكتابة والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة عادة (وأما) فى الفعل فلان الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد كانه وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر والجزء قطع كل واحد من كل واحد منهما وقطع كل اليد أكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة من وجه تكفى لجريان القصاص كيف وقد انعدمت من وجوه وأما قول سيدنا على رضى الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة بدليل انه أضاف القطع الى نفسه وذا لا يكون الا بطريق السياسة والله سبحانه وتعالى أعلم (ولو قطع) رجل يمينى رجلين تقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا فلهما ان يقطعا يمينه و يأخذا منه دية يد بينهما نصفين وهذا قول أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله اذا كان على التعاقب يقطع للاول و يغرم الدية للثانى كما قال فى القتل وان كان على الاجتماع يقرع بينهما فيقطع لمن خرجت قرعته و يغرم للآخر الدية كما قال فى النفس (وجه) قوله انه اذا قطع على الترتيب صارت يده حقا للاول فلا تصير حقا للثانى فتجب الدية للثانى واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقا لاحدهما غير عين وتتعين بالقرعة (ولنا) انهما استويا فى سبب استحقاق القصاص فيستويان فى الاستحقاق ودليل الوصف ان سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع اليد فى حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد منهما قطع يده ولا يحصل من كل واحد منهما فى يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع الا بعض حقه فيستوفى الباقى من الارش ولان كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا مستحقا عليه فيجعل كأن يده قائمة وتعذر استيفاء القصاص لعذر فتجب الدية (وقوله) صارت يده حقا لمن له القصاص ممنوع فان ملك القصاص ليس ملك المحل بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء لان حرية من عليه تمنع ثبوت الملك لانها تنبئ عن الخلوص والملك فى المحل بثبوت فيه فينافيه الخلوص (والدليل) عليه انه لو قطعت يده بغير حق ثابت كانت الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية له دل ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء ولا تنافى فيه فاطلاق الاستيفاء للاول لا يمنع اطلاق استيفاء الثانى وهذا بخلاف النفس ان الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على الكمال لان حقه فى القتل وكل واحد منهم استوفى القتل بكماله لما ذكرنا فى الجناية على النفس فيما تقدم وان حضر أحدهما والآخر غائب فللحاضر

ان يقتص ولا ينتظر الغائب لما ذكرنا ان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد وانما التمانع فى استيفاء الكل بحكم التزاحم بحكم المشاركة فى الاستيفاء فاذا كان أحدهما غائباً فلا يزاحم الحاضر فكان له ان يستوفى كاحد الشفيعين اذا حضر يقضى له بالشفعة فى كل المبيع (ولان) حق الحاضر اذا كان ثابتا فى كل اليد وأراد الاستيفاء والغائب قد يحضر وقد لا يحضر وقد يطالب بعض الحضور وقد يعفو فلا يجوز تأخير حق الحاضر فى الاستيفاء والمنع منه للحال بعد طلبه لامر محتمل ولهذا اقضى بالشفعة لاحد الشفيعين اذا حضر وطلب ولا ينتظر حضور الغائب كذا هذا وللآخر دية يده على القاطع لانه تعذر استيفاء حقه بعد ثبوته فيصار الى البدل ولان القاطع قضى به حقاً مستحقاً عليه فيلزمه الدية وان عفا أحدهما بطل حقه وكان للآخر القصاص اذا كان العفو قبل قضاء القاضى بالاجماع لان حق كل واحد منهما ثابت فى اليد على الكمال فالعفو من أحدهما لا يؤثر فى حق الآخر كما فى القصاص فى النفس وكذلك لو عدا أحدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه فللآخر الدية لما ذكرنا (وأما) اذا قضى القاضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما فللآخر ان يستوفى القصاص فى قولهما استحسانا (وقال) محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالقصاص فى اليد بينهما نصفين وبدية اليد بينهما نصفين ثم عفا أحدهما بطل القصاص (وجه) قوله ان حق كل واحد منهما وان كان ثابتا فى كل اليد لكن القاضى لما قضى بالقصاص بينهما فقد أثبت الشركة بينهما فصار حق كل واحد منهما فى البعض فاذا عفا أحدهما سقط البعض ولا يتمكن الآخر من استيفاء الكل (وجه) قولهما ان قضاء القاضى بالشركة لم يصادف محله لان الشرع ما ورد بوجوب القطع فى بعض اليد فيلحق بالعدم أو يجعل مجازاً عن الفتوى كانه أفتى بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع و يأخذ الدية بينهما فكان عفو أحدهما بعد القضاء كعفوه قبله ولو قضى القاضى بالدية بينهما فقبضاها ثم عفا أحدهما لم يكن للآخر القصاص و ينقلب نصيبه مالا لانهما لما قبضا الدية فقد ملكاها وثبوت الملك فى الدية يقتضى ان لا يبقى الحق فى كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف اليد فاذا عفا أحدهما لا يثبت للآخر ولاية استيفاء كل اليد (وكذلك) لو أخذ بالدية رهناً لان قبض الرهن قبض استيفاء لان الدين كانه فى الرهن بدليل انه اذا هلك يسقط الدين فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين (ولو) أخذا بالدية كفيلا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص لانه ليس فى الكفالة معنى الاستيفاء بل هو للتوثق لجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها (ولو قطع) من رجل يديه أو رجليه قطعت يداه ورجلاه لان استيفاء المثل ممكن ولو قطع من رجل يمينه ومن آخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لان تحقيق المماثلة فيه وانه ممكن (فان قيل) القاطع ما أبطل عليهما منفعة الجنسين فكيف تبطل عليه منفعة الجنس فالجواب ان كل واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يد واحدة وليس فى قطع يد واحدة تفويت منفعة الجنس فكان الجزاء مثل الجناية الا ان فوات منفعة الجنس عند اجتماع الفعلين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع رجل كلها من المفصل ثم قطع يد آخر أو بدأ باليد ثم بقطع الاصبع وذلك كله فى يد واحدة فى اليمين أو فى اليسار فلا يخلو (اما) ان جاآ جميعا يطلبان القصاص واما ان جاآ متفرقين فان جاآ جميعاً يبدأ بالقصاص فى الاصبع فتقطع الاصبع بالاصبع ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع ما بقى وان شاء أخذ دية يده من مال القاطع لان حق كل واحد منهما فى مثل ما قطع منه فحق صاحب اليد فى قطع اليد وحق صاحب الاصبع فى قطع الاصبع فيجب ايفاء حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك فى البداية بالقصاص فى الاصبع لانا لو بدأنا بالقصاص فى اليد لبطل حق صاحب الاصبع فى القصاص أصلا ورأسا ولو بدأنا بالقصاص فى الاصبع لم يبطل حق الآخر فى القصاص أصلا ورأسا لانه يتمكن من استيفائه مع النقصان فكانت البداية بالاصبع أولى وانما خير صاحب اليد بعد قطع الاصبع لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فيثبت له الخيار كالاشل اذا قطع يد الصحيح وان جاآ متفرقين فان جاء صاحب اليد وصاحب الاصبع غائب تقطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت فى اليد فلا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب يحتمل أن يحضر و يطالب و يحتمل

ان لا

ان لا يحضر ولا يطالب فان جاء صاحب الاصبع بعد ذلك أخذ الارش لتعذر استيفاء حقه عليه بعد ثبوته فيأخذ بدله ولان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كانه قائم وتعذر الاستيفاء لمانع فيلزمه الارش وان جاء صاحب الاصبع وصاحب اليد غائب تقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك أخذ الارش لما قلنا ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل آخر من مفصلين ثم قطع اصبع آخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذي ذكرنا ان الامر لا يخلو (اما) ان جاؤا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاؤا متفرقين فان جاؤا جميعا يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين فان شاء استوفى الاوسط بحقه كله ولا شئ له من الارش وان شاء أخذ ثلثي دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ ما بقي باصبعه وان شاء أخذ دية أصبعه من مال الذي قطعها وانما كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فيجب ايفاء حقوقهم بقدر الامكان وذلك في البداية بما لا يسقط حق بعضهم وهو ان يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية لا تبطل حق الباقين في القصاص أصلا لامكان استيفاء حقيهما مع النقصان وفي البداية بالقصاص في الاصبع ابطال حق الباقين أصلا ورب رجل يختار القصاص وان كان ناقصا تشفيا للصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاؤا متفرقين فان جاء صاحب الاصبع أولا تقطع له الاصبع لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة فاذا جاء الباقيان بعد ذلك يقضى لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة ويقضى لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شاء أخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصا وان شاء أخذ دية الاصبع لما مر وان جاء صاحب الاعلى أولا فهو كما اذا جاؤا معا وقد ذكرنا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق أو بدأ بالمرفق ثم بالكف وهما في يد واحدة في اليمين او في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقي بحقه كله وان شاء أخذ الارش لما بينا وان جاء أحدهما والآخر غائب فان جاء صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغائب لما مر ثم اذا جاء صاحب المرفق أخذ الارش وان جاء صاحب المرفق أولا يقطع له المرفق أولا ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك يأخذ ارش اليد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع المفصل الاعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثاني منها فعليه القصاص من المفصل الاول ولا قصاص عليه في المفصل الثاني وعليه قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من أصلها ثم قطع الكف التي منها الاصبع كان عليه القصاص في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف وعليه الارش في الكف ناقصة باصبع وكذلك لو قطع يد رجل وهي صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قطع منها الكف عليه في اليد القصاص ولا قصاص عليه في الساعد بل فيه ارش حكومة كذا روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه ولم يفصل بين ما اذا كانت الجناية الثانية بعد برء الاولى أو قبلها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كانت الثانية بعد برء الاولى فهما جنايتان متفرقتان وان كانت قبل البرء فهي جناية واحدة ذكر قولهما في الزيادات (وجه) قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فهما في حكم جناية واحدة بدليل ان من قطع يد رجل خطأ ثم قتله وجبت عليه دية واحدة فصار كانه قطع المفصلين معا بضربة واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برئت الاولى فقد استقرت واستقر حكمها فكانت الثانية جناية مفردة في مفصل مفرد فتفرد بحكمها فيجب القصاص في الاولى والارش في الثانية ولابي حنيفة رضي الله عنه ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان صحيحتين أعني اصبع القاطع والمقطوع له المفصل أولا فكانت بين الاصبعين مماثلة فامكن استيفاء القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مماثلة وقت قطع المفصل الثاني لان

اصبع القاطع كامل وقت القطع فيكون استيفاء الكامل بالناقص وهذا لايجوز فان قيل وقت قطع المفصل الثانى كان القصاص مستحقا فى المفصل الاعلى من القاطع والمستحق كالمستوفى فكان استيفاء الناقص بالناقص فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان نفس الاستحقاق لايوجب النقصان بدليل انه لو جاء الاجنبى وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت القصاص بنفس الاستحقاق لما وجب فثبت ان النقصان لايثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفاء ولم يوجد فلو وجب النقصان لكان استيفاء الكامل بالناقص والثانى ان سلم ان النقصان يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لاحقيقة والاول ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فاقتص منه ثم قطع المفصل الثانى و برئ اقتص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثانى فيكون استيفاء الناقص بالناقص فتحققت المماثلة ولو كان غيره قطع المفصل الاعلى منها ثم قطع هو المفصل الثانى منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين اصبع القاطع والمقطوع وعليه ثلث دية اليد ولو قطع المفصل الاعلى فبرأ ثم قطع المفصل الثانى فمات فالولى بالخيار ان شاء قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفاء مثل حقه فى القطع والقتل وان شاء ترك المفصل وقتل لان فى اتلاف النفس اتلاف الطرف فكان المقصود حاصلا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احداهما دون الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص فى النفس وعلى صاحب الجناية فيما دون النفس القصاص فى ذلك ان كان يستطاع وان كان لايستطاع فالارش وان كان ذلك خطأ فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة فيما دون النفس ارش ذلك وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فعلى العامد القصاص وعلى الخاطئ الارش ولايدخل أحدهما فى الآخر سواء كان بعد البرء أو قبل البرء ولان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد يمكن جعلهما كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة واذا كانتا من شخصين لايمكن ان يجعلا كجناية واحدة لان جعل فعل أحدهما فعل الآخر لايتصور فلابد ان نعتبر فعل كل واحد منهما بانفراده سواء برأت الجناية الاولى أو لم تبرأ على مانبين ان شاء الله تعالى ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم قطع نصف المفصل الباقى ان كان قبل البرء يقتص منه فيقطع منه المفصل كله لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك يقتص منه و يقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لايقتص منه وتجب حكومة العدل فى كل نصف لانه لايمكن استيفاء القصاص من نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب حكومة العدل ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع المفصل الثانى فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص فى المفصل والحكومة فى نصف المفصل لانه يصير كانه قطعهما دفعة واحدة ولو فعل ذلك لاقصاص عليه لتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فكان عليه الارش فى المفصل وحكومة العدل فى نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص فى المفصل وحكومة العدل فى نصف المفصل لانه اذا برئ الاول فقد استقر حكمه والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فثبت ولاية الاستيفاء فلا يمكن استيفاء القصاص فى نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم ان أحدهما قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه حكومة العدل عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله يجب القصاص كذا ذكر القاضى الخلاف فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر الكرخى عليه الرحمة الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما (وجه) قول أبى يوسف و زفر ان استيفاء القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان المحلين استويا والمرفق مفصل فكان المثل مقدور الاستيفاء فلامعنى للمصير الى الحكومة كما لو قطع يد انسان من مفصل الزند ولابى حنيفة ومحمد ان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة فى الارش لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة فى اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لايجرى القصاص بين طرفى الذكر والانثى والحر والعبد

لاختلاف الارش وههنا لا يعرف التساوي في الارش لان ارش الذراع حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوي بين ارشيهما لان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعف فيه لا تعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين ارشي الساعدين فيمتنع وجوب القصاص وعلى هذا الخلاف اذا قطع يد رجل وفيها اصبع زائدة وفي يد القاطع اصبع زائدة مثل ذلك انه لا قصاص عند أبي حنيفة ومحمد وفيهما حكومة العدل وعند أبي يوسف يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزائدة في الكف نقص فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين الكفين ولو قطع أصبعا زائدة وفي يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع لان الاصبع الزائدة في معنى التزلزل ولا قصاص في المتزلزل ولانها نقص ولا تعرف قيمة النقصان الا بالحزر والظن ولانه ليس لهما ارش مقدر فلا تعرف المماثلة ولو قطع الكف التي فيها أصبع زائدة فان كانت تلك الاصبع توهن الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص ولا قصاص بين الاشلين كذا روى الحسن عن أبي حنيفة سواء كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا أو أكثر أو هما سواء وهو قول أبي يوسف وقال زفر ان كانا سواء ففيهما القصاص وان كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا كان بالخيار ان شاء قطع يد القاطع وان شاء ضمنه ارش يده شلاء وان كانت يد المقطوعة يده أكثرهما شللا فلا قصاص وله ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل في يديهما يوجب اختلاف ارشيهما وذلك يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة وكذلك مقطوع الابهام كلها اذا قطع يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان قطع الابهام يوهن الكف ويسقط تقدير الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع يد رجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا تدخل اليد في النفس بلا خلاف والولي بالخيار ان شاء قطع يده ثم قتله وان شاء اكتفى بالقتل وان شاء عفا عن النفس وقطع يده وان كان قبل البرء فكذلك في قول أبي حنيفة وفي قولهما تدخل اليد في النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده (وجه) قولهما ان الجناية على ما دون النفس اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة بل يدخل ما دون النفس في النفس كما اذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه الا دية النفس ولأبي حنيفة رضي الله عنه ان حق المجني عليه في المثل وذلك في القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فاذا قطع المولى يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزاء مثل الجناية جزاء وفاقا بخلاف الخطأ لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان المال ليس بمثل النفس وكان ينبغي أن لا يجب أصلا الا ان وجوبه ثبت معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة الى حكم الاصل والله تعالى أعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاما اذا كانا جميعا خطأ فان كان بعد البرء لا يدخل ما دون النفس في النفس وتجب دية كاملة ونصف دية تتحمله العاقلة وتؤدى في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من نصف الدية وفي السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف وفي السنة الثالثة ثلث الدية لان الدية الكاملة تؤدى في ثلاث سنين ونصف الدية يؤدى في سنتين من الثلاث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل ما دون النفس في النفس لان الاول لما برأ فقد استقر حكمه فكان الباقي جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وان كان قبل البرء يدخل ما دون النفس في النفس وتجب دية واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ لا يدخل ما دون النفس في النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سواء كان بعد البرء أو قبله لان العمد مع الخطأ جنايتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسها فيجب في العمد القصاص وفي الخطأ الارش هذا كله اذا كان الجاني واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا اثنين فقطع أحدهما يده ثم قتله الآخر فلا يدخل ما دون النفس في النفس كيف ما كان بعد البرء أو قبله لان الاصل اعتبار كل جناية بحيالها لان كل واحدة منهما جناية على حدة فكان الاصل عدم التداخل

وافراد كل جناية بحكمها الا ان عند اتحاد الجانى وعدم البرء قد يجعلان كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة تقديرا ولا يمكن هذا التقدير عند اختلاف الجانى لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلا لصاحبه حقيقة فتعذر التقدير فبقى فعل كل واحد منهما جناية مفردة حقيقة وتقديرا فيفرد حكمها فان كانتا جميعا عمدا يجب القصاص على كل واحد منهما من القطع والقتل وان كانتا جميعا خطأ يجب الدية عليهما يتحمل عنهما عاقلتهما فى القطع والقتل وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يجب القصاص فى العمد والارش فى الخطأ ولو قطع أصبع يد رجل عمدا وقطع آخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثانى فى قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله عليهما جميعا وبه أخذ الشافعى (وجه) قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثانى فكانت السراية مضافة الى الفعلين فيجب القصاص عليهما (ولنا) أن السراية باعتبار الآلام المترادفة التى لا تتحملها النفس الى أن يموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان قطعا للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد وصار كما لو قطع الاصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات وهناك القصاص على الثانى كذا هذا بل أولى لان القطع فى المنع من الأثر وهو وصول الالم الى النفس فوق البرء اذ البرء يحتمل الانتقاص والقطع لا يحتمل ثم زوال الأثر بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع كان أولى وأحرى ولو جنى على مادون النفس فسرى فالسراية لا تخلو اما ان كانت الى النفس واما ان كانت الى عضو آخر فان كانت الى النفس فالجانى لا يخلو اما ان كان متعديا فى الجناية واما ان لم يكن فان كان متعديا فى الجناية والجناية بحديد أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سواء كانت الجناية مما توجب القصاص لو برئت أو لا توجب كما اذا قطع يد انسان من الزند أو من الساعد أو شجه موضحة أو آمة أو جائفة أو أبان طرفا من أطرافه أو جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لانه لما سرى بطل حكم مادون النفس وتبين انه وقع قتلا من حين وجوده وللولى أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له أن يقطع يده عندنا وعند الشافعى رحمه الله انه يفعل به مثل ما فعل فان مات من ذلك والا قتله وكذلك اذا قطع رجل يد رجل ورجليه فمات من ذلك تحز رقبته عندنا وعنده يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو قطع يده فعفا المقطوع عن القطع ثم سرى الى النفس ومات فان عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو الجراحة وما يحدث منها فهو عن النفس بالاجماع وان عفا عن القطع أو الجراحة ولم يقل وما يحدث منها لا يكون عفوا عن النفس وعلى القاطع دية النفس فى ماله فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما يكون عفوا عن النفس ولا شئ عليه والمسئلة باخواتها قد مرت فى مسائل العفو عن القصاص فى النفس ولو كان له على رجل قصاص فى النفس فقطع يده ثم عفا عن النفس وبرأت اليد ضمن دية اليد فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه (وجه) قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولى القتيل والنفس اسم لجملة الاجزاء فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا يضمن ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد حقه لوجب الضمان عليه دل انه بالقطع استوفى حق نفسه فبعد ذلك ان عفا عن النفس فالعفو ينصرف الى القائم لا الى المستوفى كمن استوفى بعض دينه ثم أبرأ الغريم ان الابراء ينصرف الى ما بقى لا الى المستوفى كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق من له القصاص فى الفعل وهو القتل لا فى المحل وهو النفس أو يقال حقه فى النفس لكن فى القتل لا فى حق القطع لان حقه فى المثل والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل فكان أجنبيا عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ماليس بحق له وهو متقوم فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد وان كان متعديا فى القطع مسيئا فيه لانه لا قيمة لها مع اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كما لو قطع يد مرتد انه لا يضمن وان كان متعديا فى القطع لما قلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا بين القصاص و بين العفو فاذا عفا استند العفو الى الاصل كانه عفا ثم قطع فكان القطع استيفاء غير حقه فيضمن هذا اذ كان متعديا فى الجناية على

مادون النفس فأما اذالم يكن متعديا فيها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية في بعضها ولا تجب في البعض وبيان ذلك في مسائل اذا قطع يد رجل عمداً حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لاشئ عليه ولو قطع الامام يد السارق فمات منه لاضمان على الامام ولا على بيت المال وكذلك الفصاد والبزاغ والحجام اذا سرت جراحاتهم لاضمان عليهم بالاجماع (وجه) قولهما ان الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع فلا يكون مضمونا كالامام اذا قطع يد السارق فمات منه ولابي حنيفة رضي الله عنه انه استوفى غير حقه لان حقه في القطع وهو أتى بالقتل لان القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد فيضمن كما اذا قطع يد انسان ظلما فسرى الى النفس وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا نقول في الامام ان فعله وقع قتلا الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرورة لان اقامة الحد مستحقة عليه والتحرز عن السراية ليس في وسعه فلو أوجبنا الضمان لامتنع الائمة عن الاقامة خوفا عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحدود والقطع ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو العفو ولا ضرورة الى اسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امرأته للنشوز فماتت منه يضمن لان المأذون فيه هو التأديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين انه وقع قتلا ولو ضرب الاب أو الوصي الصبي للتأديب فمات ضمن في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الاب والوصي مأذونان في تأديب الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضمونا كما لو عزر الامام انسانا فمات (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان التأديب اسم لفعل يبقى المؤدب حيا بعده فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتأديب وهما غير مأذونين في القتل ولو ضربه المعلم أو الاستاذ فمات ان كان الضرب بغير أمر الاب أو الوصي يضمن لانه متعد في الضرب والمتولد منه يكون مضمونا عليه وان كان باذنه لا يضمن للضرورة لان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم فكان في التضمين سد باب التعليم وبالناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الاب لان لزوم الضمان لا يمنعه عن التأديب لفرط شفقته على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو قطع يد مرتد فأسلم ثم مات فلا شئ على القاطع وهذا يؤيد مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والاصل في هذا أن الجناية اذا وردت على ماليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة لان الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادف محلا غير مضمون وكذلك لو قطع يد حربي ثم أسلم ثم مات من القطع انه لاشئ على القاطع لان الجناية وردت على محل غير مضمون فلا تكون مضمونة وهكذا لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لان يد العبد غير مضمونة في حقه ولو قطع يده وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم مات فعلى القاطع دية اليد لا غير لانه أبطل عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة الابراء عن السراية ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى القاطع دية النفس في قولهما وعند محمد عليه دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ماذكرنا انه لما ارتد فكانه ابرأ القاطع عن السراية وجه قولهما ان الجناية يتعلق حكمها بالابتداء أو بالانتهاء وما بينهما لا يتعلق به حكم والمحل ههنا مضمون في الحالين فكانت الجناية مضمونة فيهما فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما (وأما) قول محمد الردة بمنزلة البراءة فنعم لكن بشرط الموت عليها لان حكم الردة موقوف على الاسلام والموت وقد كانت الجناية مضمونة فوقف حكم السراية أيضاً وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحوقه ثم رجع الينا مسلما ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف وان كان القاضي قضى بلحوقه ثم عاد مسلما ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يده لا غير بالاجماع لان لحوقه بدار الحرب يقطع حقوقه بدليل انه يقسم ماله بين ورثته بعد اللحوق ولا يقسم قبله فصار كالابراء عن الجناية ولو قطع يد عبد خطأ فاعتقه مولاه ثم مات منها فلاشئ على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبرء اليد لان السراية لو كانت مضمونة على الجاني فاما أن تكون مضمونة عليه للمولى (واما) أن تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل الى الاول لان المولى ليس بمالك له بعد العتق ولا

وجه للثاني لماذكرنا أن السراية تكون تابعة للجناية فالجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا اذا باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد في هذا مثل الرمي في قول أبي حنيفة رحمه الله حيث أوجب عليه بالرمي القيمة وان أعتقه المولى ولم يوجب في القطع الا ارش اليد لما ذكرنا أن الرمي سبب الاصابة لا محالة فصار جانيا به وقت الرمي (فاما) القطع فليس بموجب للسراية لا محالة والله تعالى أعلم وان كان قطع يد العبد عمداً فاعتقه مولاه ثم مات العبد ينظر ان كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله أن يقتل الجاني في قولهما خلافاً لمحمد وقد مرت المسألة وان كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه و يدخل معه في ميراثه فلا قصاص لاشتباه الولي على ما مر ولو لم يعتقه بعد القطع ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها فانه لا تنقطع السراية و يجب نصف القيمة و يجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا اذا كان خطأ وان كان عمداً فللمولى أن يقتص بالاجماع ولو كاتبه والمسألة بحالها فبالكتابة برئ عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فاذا مات وكان خطأ لا يجب عليه شئ آخر وان كان عمداً فان كان عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فقد مات حرا فينظر ان كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه فلا قصاص عليه و يجب عليه ارش اليد لا غير وان لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد رحمه الله ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد لا غير وان كان القطع بعد الكتابة فمات وكان القطع خطأ أو مات عاجزا فالقيمة للمولى وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة وان كان عمدا فان مات عاجزا فللمولى أن يقتص وان مات عن وفاء مات حرا ثم ينظر ان كان مع المولى وارث يحجبه أو يشاركه في الميراث فلا قصاص وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا والله تعالى أعلم هذا اذا كانت السراية الى النفس فاما اذا كانت الى العضو فالاصل أن الجناية اذا حصلت في عضو فسرت الى عضو آخر والعضو الثاني لا قصاص فيه فلا قصاص في الاول أيضاً وهذا الاصل يطرد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة في مسائل اذا قطع اصبعاً من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لان الموجود من القاطع قطع مشل للكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم يكن المثل ممكن الاستيفاء فلا يجب القصاص ولان الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان مختلفان وهو القصاص والمال خصوصا عند اتحاد المحل لان الكف مع الاصبع بمنزلة عضو واحد وكذا اذا قطع مفصلا من اصبع فشل ما بقي أو شلت الكف لما قلنا فان قال المقطوع انا أقطع المفصل وأترك ما يبس ليس له ذلك لان الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الاصل لعدم امكان الاستيفاء على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصار على البعض استيفاء ما لا حق له فيه فيمنع من ذلك كما لو شجه منقلة فقال المشجوج أنا أشجه موضحة وأترك ارش ما زاد لم يكن له ذلك وكذلك اذا كسر بعض سن انسان واسود ما بقي فليس في شئ من ذلك قصاص لان قصاصه هو كسر مسود للباقي وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع اصبعا فشلت الى جنبها أخرى فلا قصاص في شئ من ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه دية الاصبعين وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن في الاول لا قصاص وفي الثاني الارش وجه قولهم ان المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكما وان كان متحدا حقيقة لتعدد أثره وههنا تعدد الاثر فيجعل فعلين فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص في الاول والدية في الثاني كما لو قطع اصبع انسان فانسل السكين الى اصبع أخرى خطأ فقطعها حتى يجب القصاص في الاول والدية في الثاني وكما لو رمى سهما الى انسان فأصابه ونفذ منه وأصاب آخر حتى يجب القصاص في الاول والدية في الثاني لما قلنا وكذلك هذا واذا تعددت الجناية تفرد كل واحدة منهما بحكمها فيجب القصاص في الاولى والارش في الثانية وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه ما ذكرنا أن المستحق فيما دون النفس هو المثل والمثل وهو القطع المشل ههنا غير مقدور الاستيفاء فلا يثبت الاستحقاق ولان الجناية متحدة حقيقة وهي قطع الاصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان القصاص بخلاف ما اذا قطع اصبعا عمدا فانفذ السكين الى أخرى خطأ لان الموجود

هناك فعلان حقيقة فجاز أن يفرد كل واحد منهما بحكم وفى مسألة الرمى جعل الفعل المتحد حقيقة متعددا شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعاً فسقطت الى جنبها أخرى فلا قصاص فى شئ من ذلك فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما فى ظاهر الرواية عنهما يجب فى الاول القصاص وفى الثانى الارش وفى رواية ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص فيهما لان من أصله على هذه الرواية أن الجراحة التى فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعا وههنا يمكن وفيما اذا قطع اصبعا فشلت أخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص فى الاولى والارش فى الثانية وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المحل متعدد وانه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الاثر وقد وجد ههنا فيجعل كجنايتين مختلفتين فيتعلق بكل واحدة منهما حكمها ولابى حنيفة رضى الله عنه انه لا سبيل الى استيفاء القصاص على وجه المماثلة لان ذلك هو القطع المسقط للاصبع وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة حقيقة فلا توجب الا ضمانا واحدا وقد وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل فلا قصاص فى ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفيه دية اليد لان استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بهما ضمان المال فلا يتعلق بهما القصاص وقال أبو يوسف يقتص منه فتقطع يده من المفصل فرق أبو يوسف بين هذا و بين ما اذا قطع اصبعا فسقطت أخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص فى الثانية لان الاصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء الى الجملة كما تتحقق من اليد الى النفس والاصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما الى الآخر فوجب القصاص فى الاولى دون الثانية وعلى ما روى محمد رحمه الله فى النوادر يجب القصاص ههنا أيضاً كما قال أبو يوسف رحمه الله لانه جناية واحدة وقد سرت الى ما يمكن القصاص فيه فيجعل كانه قطع الكف من الزند ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال أبو يوسف يجب القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من أصله وكذلك لو ضرب سن انسان فتكسر بعضها وتحرك الباقى واستوفى حولا انها ان اسودت فلا قصاص فيها لتعذر استيفاء المثل وهو الكسر المسود وان سقطت فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفيها الارش لعدم امكان استيفاء المثل وهو الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال أبو يوسف فيها القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت الكف ولو شج انسانا موضحة متعمدا فذهب منها بصره فلا قصاص فى قول أبى حنيفة وفيها وفى البصر الارش وقالا فى الموضحة القصاص وفى البصر الدية هذه رواية الجامع الصغير عن محمد وروى ابن سماعة فى نوادره عنه ان فيهما جميعا القصاص وجه هذه الرواية انه تولد من جناية العمد الى عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما اذا سرى الى النفس وجه ظاهر قولهما ان تلف البصر حصل من طريق التسبيب لا من طريق السراية بدليل أن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر وحدوث السراية يوجب تغير الجناية كالقطع اذا سرى الى النفس انه لا يبقى قطعاً بل يصير قتلا وهنا الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل ان ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبيب والجناية بطريق التسبيب لا توجب القصاص كما فى حفر البئر ونحو ذلك ولو ذهبت عيناه ولسانه وسمعه وجماعه فلا قصاص فى شئ من ذلك على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى قولهما فى الموضحة القصاص ولا قصاص فى العينين فى ظاهر قولهما بل فيهما الارش وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع لانه لا يمكن فيهما القصاص اذ لا قصاص فى ذهاب منفعة اللسان والسمع والجماع فى الشرع وفى ذهاب البصر قصاص فى الشريعة ولو ضربه بعصا فاوضحه ثم عاد فضربه أخرى الى جنبها ثم تأكلتا حتى صارت واحدة فهما موضحتان ولا قصاص فيهما أما على أصل أبى حنيفة رحمه

الله فلعدم امكان استيفاء المثل وهما شجتان موضحتان تأكل بينهما (وأما) على أصلهما فلان ماتأكل بين الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسبيبا لا يوجب القصاص والله سبحانه وتعالى الموفق ولا قصاص فى العين اذا قورت أو فسخت لانا اذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفسخ لا يمكن استيفاء المثل اذ ليس له حد معلوم وان أذهبنا ضوءه فلم نفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يد انسان من الساعد أنه لا يجب القصاص لانه لا سبيل الى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وان ضرب عليها فذهب ضوءها مع بقاء الحدقة على حالها لم تنخسف ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والعين بالعين ولان القصاص على سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمى المرآة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوءها وقيل أول من اهتدى الى ذلك سيدنا على رضى الله عنه وأشار الى ماذكرنا فانه روى أنه وقعت هذه الحادثة فى زمن سيدنا عثمان رضى الله عنه فجمع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم وشاورهم فى ذلك فلم يكن عندهم حكمها حتى جاء سيدنا على رضى الله عنه وأشار الى ما ذكرنا فلم ينكر عليه أحد فقضى به سيدنا عثمان بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم فيكون اجماعا وان انخسفت فلا قصاص لان الثانى قد لا يقع خاسفا بها فلا يكون مثل الاول وروى عن أبى يوسف أنه لا قصاص فى عين الاحول لان الحول نقص فى العين فيكون استيفاء الكامل بالناقص فلا تتحقق المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء كذا هذا ولا قصاص فى الاشفار والاجفان لانه لا يمكن استيفاء المثل فيها (وأما) الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والاذن بالاذن ولان استيفاء المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص والا فلا (وأما) الانف فان قطع المارن ففيه القصاص بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لقوله سبحانه وتعالى والانف بالانف ولان استيفاء المثل فيه ممكن لان له حدا معلوما وهو ما لان منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفاء المثل وان قطع قصبة الانف فلا قصاص فيه لانه عظم ولا قصاص فى العظم ولا فى السن لما نذكر ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ان استوعب ففيه القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما فى الحقيقة لان أبا يوسف أراد استيعاب المارن وفيه القصاص بلا خلاف ومحمد رحمه الله أراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف (وأما) الشفة فقد روى عن أبى حنيفة انه قال اذا قطع شفة الرجل السفلى أو العليا وكان يستطاع أن يقتص منه ففيه القصاص وذكر الكرخى رحمه الله انه ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص لامكان استيفاء المثل عند الاستقصاء وان قطع بعضها فلا قصاص فيه لعدم الامكان ولا قصاص فى عظم الا فى السن لانه لا يعلم موضعه ولا يؤمن فيه عن التعدى أيضا وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه لا قصاص فى عظم وفى السن القصاص سواء كسر أو قلع لقول الله تبارك وتعالى والسن بالسن ولانه يمكن استيفاء المثل فيه بان يؤخذ فى الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمبرد وفى القلع يؤخذ سنه بالمبرد الى ان ينتهى الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وقيل فى القلع انه يقلع سنه لان تحقق المماثلة فيه والاول استيفاء على وجه النقصان الا أن فى القلع احتمال الزيادة لانه لا يؤمن فيه ان يفعل المقلوع أكثر مما فعل القالع (وأما) اللسان فان قطع بعضه فلا قصاص فيه لعدم امكان استيفاء المثل وان استوعب فقد ذكر فى الاصل أن اللسان لا يقتص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله أن القطع اذا كان مستوعبا أمكن استيفاء المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزاء مثل الجناية وجه ما ذكر فى الاصل أن اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة وان قطع الحشفة ففيها القصاص لامكان استيفاء المثل لان لها حدا معلوما وان قطع بعضها أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لانه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصار كما لو قطع بعض اللسان ولو قطع الذكر من أصله ذكر فى الاصل انه لا قصاص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب أمكن الاستيفاء على وجه المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر فى الاصل أن الذكر ينقبض مرة وينبسط أخرى فلا يمكن مراعاة

المماثلة

المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا قصاص فى جز شعر الرأس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية وان لم ينبت بعد الحلق والنتف (أما) الجز فلأنه لا يعلم موضعه فلا يمكن أخذ المثل (وأما) الحلق والنتف الموجود من الحالق والناتف فلان المستحق حلق ونتف غير منبت وذلك ليس فى وسع الحالق والمنتوف لجواز أن يقع حلقه ونتفه منبتاً فلا يكون مثل الاول وذكر فى النوادر انه يجب القصاص اذا لم ينبت ولم يذكر حكم ثدى المرأة انه هل يجب فيه القصاص أم لا وكذا لم يذكر حكم الانثيين فى وجوب القصاص فيهما وينبغى أن لا يجب القصاص فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفاء المثل (وأما) حلمة ثدى المرأة فينبغى أن يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفاء المثل فيها كالحشفة ولو ضرب على رأس انسان حتى ذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ماء صلبه فلا قصاص فى شئ من ذلك لأنه لا يمكنه ان يضرب ضربا تذهب به هذه الاشياء فلم يكن استيفاء المثل ممكنا فلا يجب القصاص وكذلك لو ضرب على يد رجل أو رجله فشلت لا قصاص عليه لانه لا يمكنه ان يضرب ضربا مشلا فلم يكن المثل مقدور الاستيفاء فلا يجب القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشجاج فلا خلاف فى أن الموضحة فيها القصاص لعموم قوله سبحانه وتعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولانه يمكن استيفاء القصاص فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا تنتهى اليه السكين وهو العظم ولا خلاف فى أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء فيه على وجه المماثلة لان الهاشمة تهشم العظم والمنقلة تهشم وتنقل بعد الهشم ولا قصاص فى هشم العظم لما بينا والآمة لا يؤمن فيها من أن ينتهى السكين الى الدماغ فلا يمكن استيفاء القصاص فى هذه الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة (وأما) ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد فى الاصل أنه يجب القصاص فى الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه لا قصاص فى الشجاج الا فى الموضحة والسمحاق ان أمكن القصاص فى السمحاق وروى عن النخعى رحمه الله أنه قال مادون الموضحة خدوش وفيها حكومة عدل وكذا روى عن عمر بن عبد العزيز رحمهما الله وعن الشعبى رحمه الله أنه قال مادون الموضحة فيه أجرة الطبيب (وجه) رواية الحسن رحمه الله أن مادون الموضحة مما ذكرنا لا حد له ينتهى اليه السكين فلا يمكن الاستيفاء بصفة المماثلة (وجه) رواية الاصل أن استيفاء المثل فيه ممكن لانه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار ثم اذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره فتنفذ فى اللحم الى آخرها فيستوفى منه مثل ما فعل ثم ما يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتص من الشاج الا فى موضع الشجة من المشجوج من مقدم رأسه ومؤخره ووسطه وجنبيه لان وجوب القصاص للشين الذى يلحق المشجوج وذا يختلف باختلاف المواضع من الرأس ألا ترى أن الشين فى مؤخر الرأس لا يكون مثل الشين الذى فى مقدمه ولهذا يستوفى على مساحة الشجة من طولها وعرضها ما أمكن لاختلاف الشين باختلاف الشجة فى الصغر والكبر وعلى هذا يخرج ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرنى المشجوج وهى لا تأخذ ما بين قرنى الشاج لصغر رأس المشجوج وكبر رأس الشاج أنه لا يستوعب ما بين قرنى الشاج فى القصاص لان فى الاستيعاب استيفاء الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن يخير المشجوج ان شاء اقتص من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته فى الطول ثم يكف وان شاء عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصا لان الشجة الاولى وقعت مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان شاء استوفى حقه ناقصا تشفيا للصدر وان شاء عدل الى الارش كما قلنا فى الاشل اذا قطع يد الصحيح فان اختار القصاص فله أن يبدأ من أى الجانبين شاء لان كل ذلك حقه فله أن يبتدئ من أيهما شاء وان كانت الشجة تأخذ ما بين قرنى المشجوج ولا تفضل وهى ما بين قرنى الشاج وتفضل عن قرنيه لكبر رأس المشجوج وصغر رأس الشاج فللمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص ما بين قرنى الشاج لا يزيد على ذلك شيأ لانه لا سبيل الى استيفاء الزيادة على ما بين قرنى الشاج لانه ما زاد على ما بين قرنى المشجوج فلا يزاد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصا اذ الثانية دون الاولى فى قدر الجراحة فان شاء رضى

باستيفاء حقه ناقصا واقتصر على ما بين قرنى الشاج طلبا للتشفى وان شاء عدل الى الارش وان كانت الشجة لا تأخذ بين قرنى المشجوج وهى تأخذ ما بين قرنى الشاج لا يجوز أن يستوعب بين قرنى الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت غير مستوعبة فالاستيعاب فى الجزء يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان ذلك مقدار شجته فى المساحة كما لا يجوز استيفاء ما فضل عن قرنى الشاج فى المسئلة الاولى وان كان ذلك مقدار الشجة الاولى فى المساحة وله الخيار لتعذر استيفاء مثل شجته فى مقدارها فى المساحة فى الطول فان شاء اقتص ونقص عما بين قرنى الشاج وان شاء ترك وأخذ الارش وان كانت الشجة فى طول راس المشجوج وهى تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ من الشاج الى قفاه يخير المشجوج ان شاء اقتص مقدار شجته الى مثل موضعها من رأس الشاج لا يزيد عليه وان شاء أخذ الارش لما بينا فيما تقدم وحكى الطحاوى عن على بن العباس الرازى أنه قال اذا استوعبت الشجة ما بين قرنى المشجوج ولم تستوعب ما بين قرنى الشاج يقتص من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة للصغر والكبر فى القصاص بين العضوين كما فى اليدين والرجلين انه يجرى القصاص بينهما وان كانت احداهما أكبر من الاخرى فكذا فى الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك لفوات المنفعة وانها لا تختلف بالصغر والكبر ألا يرى أن اليد الصغيرة قد تكون أكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم يختلف ما وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص فيها للشين الذى يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينتقص بنقصانها لذلك افترق الامران الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الجراح فان مات من شئ منها المجروح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسا وان لم يمت فلا قصاص فى شئ منها سواء كانت جائفة أو غيرها لانه لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها أن يكون الجانى والمجنى عليه حرين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا أو كانا عبدين فلا قصاص فيه ومنها أن يكونا ذكرين أو أنثيين عندنا فان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فلا قصاص فيه عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط ويجرى القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجرى فى النفس وهذان الشرطان فى الحقيقة عندنا متداخلان لانهما دخلا فى شرط المماثلة لان المماثلة فى الاروش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس بدليل أن الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصابع بناقص الاصابع ولما ذكرنا فيما تقدم أن ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة فى الاموال فى باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الاحرار والعبيد فى الاروش لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته وارش طرف الحر مقدر فلا يوجد التساوى بين ارشيهما ولئن اتفق استواؤهما فى القدر فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوى فى الارش وان استوت قيمتهم فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف فلا يعرف التساوى فى أروشهم فلا يجب القصاص أو تبقى فيه شبهة العدم والشبهة فى باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيما دون النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعى رحمه الله المساواة فى الاروش فى الاحرار غير معتبرة (وجه) قوله أن القصاص جرى بين نفسيهما فيجرى بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس (ولنا) أنه لا مساواة بين ارشيهما فلا قصاص فى طرفيهما كالصحيح مع الاشل ولا قصاص فى الاظفار لانعدام المساواة فى أروشها لان ارش الظفر الحكومة وانها معتبرة بالحزر والظن والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما كون الجناية فيما دون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب القصاص فيه فسواء كانت بسلاح أو غيره يجب فيه القصاص لانه ليس فيما دون النفس شبهة عمد وانما فيه عمد أو خطأ لما ذكرنا فيما تقدم فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذى ذكرنا شرائط وجوب القصاص فيما دون النفس (وأما) بيان وقت الحكم بالقصاص فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرأ وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه

الله

الله وقته ما بعد الجناية ولا ينتظر (وجه) قوله أنه وجب القصاص للحال فله أن يستوفى الواجب للحال (ولنا) ماروى انه عليه الصلاة والسلام قال لا يستقاد من الجراحة حتى يبرأ وروى أن رجلا جرح حسان بن ثابت رحمه الله فى فخذه بعظم فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال عليه الصلاة والسلام انتظروا مايكون من صاحبكم فانا والله منتظره وهو انه يحتمل السراية والجراحة عند السراية تصير قتلا فيتبين أنه استوفى غير حقه وهذا فرع مسئلة ذكرناها وهى أن المجروح اذا مات بالجراحة يجب القصاص بالنفس عندنا الا فى الطرف وعند الشافعى رحمه الله يفعل به مثل ما فعل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذى فيه دية كاملة فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان سبب الوجوب والثانى فى بيان شرائطه أما السبب فهو تفويت المنفعة المقصودة من العضو على الكمال وذلك فى الاصل باحد أمرين ابانة العضو واذهاب معنى العضو مع بقاء العضو صورة أما الاول فالاعضاء التى تتعلق بانتهاء كمال الدية أنواع ثلاثة نوع لا نظير له فى البدن ونوع فى البدن منه اثنان ونوع فى البدن منه أربعة (أما) الذى لا نظير له فى البدن فستة أعضاء أحدها الانف سواء استوعب جدعا أو قطع المارن منه وحده وهو مالان من الانف والثانى اللسان سواء استوعب قطعاً أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله والثالث الذكر سواء استوعب قطعاً أو قطع الحشفة منه وحدها والاصل فيه ماروى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى الانف الدية وفى المارن الدية وروى أنه عليه الصلاة والسلام كتب فى كتاب عمرو ابن حزم فى النفس الدية وفى الانف الدية وفى اللسان الدية ولانه أبطل المنافع المقصودة من هذه الاعضاء والجمال أيضاً من بعضها فالمقصود من الانف الشم والجمال أيضاً ومن اللسان الكلام ومن الذكر الجماع والحشفة يتعلق بها منفعة الانزال وقد زال ذلك كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل لانه لم يوجد تفويت المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجاء فيجب من الدية بقدر مافات من الحروف ونقلت هذه القضية عن سيدنا على رضى الله عنه لان المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية بقدر الفائت منها لكن انما يدخل فى القسمة الحروف التى تفتقر الى اللسان فامالا يفتقر الى اللسان من الشفوية والحلقية كالباء والفاء والهاء ونحوهما فلا تدخل فى القسمة والرابع الصلب اذا احدودب بالضرب وانقطع الماء وهو المنى فيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول والسادس مسلك الغائط من المرأة اذا أفضاها انسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة فان صارت لا تستمسكهما فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لانه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية (وأما) الاعضاء التى فى البدن منها اثنان فالعينان والاذنان والشفتان والحاجبان اذا ذهب شعرهما ولم ينبت والثديان والحلمتان والانثيان والاصل فيه ماروى عن ابن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال وفى الاذنين الدية وفى العينين الدية وفى الرجلين الدية ولان فى القطع كل اثنين من هذين العضوين تفويت منفعة الجنس منفعة مقصودة أو تفويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر فى العينين والبطش فى اليدين والمشى فى الرجلين والجمال فى الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشفتين ومنفعة امساك الريق فى احداهما وهى السفلى والثديان والثديان وكاء اللبن وفى الحلمتين منفعة الرضاع والانثيان وكاء المنى (وأما) الاعضاء التى منها أربعة فى البدن فنوعان أحدهما أشفار العينين وهى منابت الاهداب اذا لم تنبت لما فى تفويتها تفويت منفعة البصر والجمال أيضا على الكمال وفى كل شفر منها ربع الدية والثانى الاهداب وهى شعر الاشفار اذا لم تنبت لما قلنا (وأما) اذهاب معنى العضو مع بقاء صورته فنحو العقل والبصر والشم والذوق والجماع والايلاد بان ضرب على انسان فذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده بان ضرب على ظهره فذهب ماء صلبه والاصل فيه ماروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قضى فى رجل واحد

بار بع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه و بصره وذكره لانه فوت المنافع المقصودة عن هذه الاعضاء على سبيل الكمال (أما) العقل فلان تفويته تفويت منافع الاعضاء كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له بفوت العقل ألا ترى أن أفعال المجانين تخرج مخرج أفعال البهائم فكان اذهابه ابطالا للنفس معنى (وأما) السمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلاد فكل واحد منها منفعة مقصودة وقد فوتها كلها ولو ضرب على رأس رجل فسقط شعره أو على رأس امرأة فسقط شعرها أو حلق لحية رجل أو نتفها أو حلق شعر امرأة ولم ينبت فان كان حرا ففيه الدية عند أصحابنا رضي الله عنهم وعند الشافعي فيه حكومة (وجه) قوله أنه لا يجب كمال الدية الا باتلاف النفس لان الدية بدل النفس الا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك لان تفويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجه ولم يوجد ذلك في حلق الشعر فبقي الحكم فيه مردوداً الى الاصل ولهذا لم يجب في حلق شعر سائر البدن (ولنا) أن الشعر للنساء والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال والدليل عليه ماروى من الحديث ان الله تبارك وتعالى عز وجل خلق في سماء الدنيا ملائكة من تسبيحهم سبحان الذي زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب وتفويت الجمال على الكمال في حق الحر يوجب كمال الدية كالمارن والاذن الشاخصة والجامع بينهما اظهار شرف الآدمي وكرامته وشرفه في الجمال فوق شرفه في المنافع ثم تفويت المنافع على الكمال لما أوجب كمال الدية فتفويت الجمال على الكمال أولى بخلاف شعر سائر البدن لانه لا جمال فيه على الكمال لانه لا يظهر للناس فتفويته لا يوجب كمال الدية وقد روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال في الرأس اذا حلق فلم ينبت الدية كاملة وكذا روى عنه أنه قال في اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وروى أن رجلا أغلى ماء فصبه على رأس رجل فانسلخ جلد رأسه فقضى سيدنا على رضي الله عنه بالدية وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال انما يجب كمال الدية في اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها فاما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شئ فيها وان كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل وأما شعر العبد ولحيته فذكر في الاصل أن فيه حكومة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن فيه القيمة (وجه) هذه الرواية أن القيمة في العبيد كالدية في الاحرار فلما وجبت في الحر الدية تجب في العبد القيمة (وجه) رواية الاصل أن الجمال في العبيد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة وتفويت ماليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو حلق رأس انسان أو لحيته ثم نبت فلا شئ عليه لان النابت قام مقام الفائت فكانه لم يفت الجمال أصلا وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تفويت منفعة مقصودة وتفويت الجمال على الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط الوجوب (فمنها) أن تكون الجناية خطأ فيما في عمده القصاص وأما لا قصاص في عمده فيستوي فيه العمد والخطأ وقد بينا ما في عمده القصاص ومالا قصاص فيه فيما تقدم (ومنها) أن يكون المجنى عليه ذكراً فان كان أنثى فعليه دية أنثى وهو نصف دية الذكر سواء كان الجاني ذكراً أو أنثى لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك وهو تنصيف دية الانثى من دية الذكر على ماذكرنا في دية النفس (ومنها) أن يكون الجاني والمجنى عليه حرين فان كان الجاني حرا والمجنى عليه عبداً فلا دية فيه وفيه القيمة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم ان كان قليل القيمة وجبت جميع القيمة وان كان كثير القيمة بان بلغت الدية ينقص من قيمته عشرة كذا روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه انه قال كل شئ من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شئ من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقتضي أن كل شئ من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصد به المنفعة كالعين واليد والرجل و بين ما يقصد به الجمال والزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وهكذا روى الحسن رحمه الله عنه أنه ان حلق أحد حاجبيه فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الاسفل أو الاعلى يعني اهدابه فلم تنبت أو قطع احدى شفتيه العليا أو السفلى أن عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال أبو يوسف

رجع

رجع أبو حنيفة فى حاجب العبد وفى أذنيه وقال فيه حكومة العدل وكذا قال محمد استقبح أبو حنيفة رحمه الله أن يضمن فى أذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع أيضاً والحاصل أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان وقال محمد الواجب فى ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه و يقوم وليس به الجناية فيغرم الجانى ما بين القيمتين وهو قول أبى يوسف الآخر وقوله الاول مع أبى حنيفة (وجه) قول محمد ان مادون النفس من العبد له حكم المال لانه خلق لمصلحة النفس كالمال و بدليل انه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فكان ضمانه ضمان الاموال وضمان الاموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما فى سائر الاموال (وجه) رواية الجمع لابى حنيفة رضى الله عنه أن القيمة فى العبد كالدية فى الحر فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر بديته جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته ولان التقدير قد دخل على الجناية عليه فى النفس حتى لا يبلغ الدية اذا كان كثير القيمة فجاز ان يدخل فى ضمان الجناية فيما دون النفس كالحر (ووجه) رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود فى العبيد بل المقصود منهم الخدمة فاما المنفعة فمقصودة من الاحرار والعبيد جميعا ولان مادون النفس من العبيد له شبه النفس وشبه المال أما شبه النفس فظاهر لانه من أجزاء النفس حقيقة (وأما) شبه المال فانه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كالوجنى على النفس و يعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة كما اذا أتلف المال عملا بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لان ذلك عمل بشبه المال وانه لا ينفى العمل بشبه النفس فيجب العمل بهما جميعاً وذلك فيما قلنا ثم الحر اذا فقأ عينى عبد انسان أو قطع يديه أو رجليه حتى وجب عليه كمال القيمة فمولاه بالخيار ان شاء سلمه الى الفاقئ وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شئ له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يمسكه و يأخذ ما نقصه وقال الشافعى رحمه الله له ان يمسكه و يأخذ جميع القيمة (وجه) قوله أن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضوين الفائتين لا غير فيبقى الباقى على ملكه كما لو فقأ احدى عينيه أو قطع احدى يديه أنه يضمن نصف قيمته و يبقى الباقى على ملك مالكه كذا هذا (وجه) قولهما أن الضمان بمقابلة العينين كما قال الشافعى عليه الرحمة لكن الرقبة هلكت من وجه لفوات منفعة الجنس فيخير المولى ان شاء مال الى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد الى الفاقئ لوصول عوض الرقبة اليه وان شاء مال الى جهة القيام وأمسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش فى المواضع كلها ولابى حنيفة رضى الله عنه انه لما وصل الى المولى بدل النفس فلو بقى العبد على ملكه لاجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فيما يصح تمليكه بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن فى ملك رجل واحد ولا يلزم ما اذا غصب مدبراً فأبق من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لانه لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا تلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم الهبة ولم يقبض العوض انه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لان العوض قبل القبض لا يكون عوضا فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد اذا قبض المشترى المبيع ولم يسلم الثمن لان الثمن ليس ببدل فى البيع الفاسد انما البدل القيمة وقد ملكها البائع حين ملك المشترى المبيع فلم يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يلزم ما اذا اشترى عبداً بجارية على انه بالخيار فقبض العبد فاعتقهما جميعا أنه ينفذ اعتاقه فيهما جميعاً وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه لانه لما عتقهما فسد البيع فى الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البائع فى مقابلة ملك العبد فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم ما اذا استأجر شيئا وعجل الاجر ان المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه فقد اجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد لان المنافع لا تملك عندنا الا بعد وجودها وكلما وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر فلم يجتمع العوض والمعوض على ملك المؤاجر ولا يلزم ما اذا غصب عبداً فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده

جناية أخرى ودفعه بالجنايتين أنه يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها الى ولى الجناية الاولى ومعلوم أن نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذى سلم له فقد اجتمع فى ملكه وهو نصف العبد العوض والمعوض لان الممتنع اجتماع العوض والمعوض فى ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هنالك لان ولى الجناية انما يأخذ عوضاً عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض فى ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جائز كمن استوهب المبيع من البائع والثمن من المشترى أو ورثهما والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان الجانى عبداً والمجنى عليه حراً أو كانا جميعاً عبدين فحكم هذه الجناية وجوب الدفع الا أن يختار المولى الفداء على ما ذكرنا فى جنايات العبيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يجب فيه ارش مقدر ففى كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية فى أحدهما نصف الدية من احدى العينين واليدين والرجلين والاذنين والحاجبين اذا لم تنبت والشفتين والاثيين والثديين والحلمتين لما روى انه عليه الصلاة والسلام كتب فى كتاب عمرو بن حزم وفى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان كل الدية عند قطع العضوين يقسم عليهما فيكون فى أحدهما النصف لان وجوب الكل فى العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفائت بقطع أحدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوى فيه اليمين واليسار لان الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسواء ذهب بالجناية على العين نور البصر دون الشحمة أو ذهب البصر مع الشحمة لان المقصود من العين البصر والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سواء عند عامة الصحابة رضوان الله تعالى عنهم وروى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه انه فصل بينهما فاوجب فى السفلى الثلثين وفى العليا الثلث لزيادة جمال فى العليا ومنفعة فى السفلى وبقية الصحابة سووا بينهما وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح وابراهيم رضى الله عنهما وغيرهما سواء قطع الحلمة من ثدى المرأة أو قطع الثدى وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدى تبع لان المقصود من الثدى وهو منفعة الرضاع يفوت بفوات الحلمة وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين اذا كان قبل البرء من الاولى لان الجناية لا تستقر قبل البرء فاذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كانه أوقعهما معاً وفى أصابع اليدين والرجلين فى كل واحدة منها عشر الدية وهى فى ذلك سواء لا فضل لبعض على بعض والاصل فيه ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فى كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين اصبع واصبع وروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه قال هذه وهذه سواء وأشار الى الخنصر والابهام وسواء قطع أصابع اليد وحدها او قطع الكف ومعها الاصابع وكذلك القدم مع الاصابع لما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى الاصابع فى كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين ما اذا قطع الاصابع وحدها أو قطع الكف التى فيها الاصابع ولان الاصابع أصل والكف تابعة لها لان المنفعة المقصودة من اليد البطش وانها تحصل بالاصابع فكان اتلافها اتلافا لليد وسواء قطع الاصابع أو شل من الجراحة أو يبس ففيه عقله تاما لان المقصود منه يفوت وما كان من الاصابع فيه ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث دية الاصبع وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصف دية الاصبع لان ما فى الاصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما فى اليد على عدد الاصابع وفى احدى أشفار العينين ربع الدية وفى الاثنين نصف الدية وفى الثلاث ثلاثة أرباع الدية ان لم ينبت لان فى الاشفار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين وان نبت فلا شئ فيه وسواء قطع الشفر وحده أو قطع معه الجفن لان الجفن تبع للشفر كالكف والقدم للاصابع وكذا اهداب العينين اذا لم تنبت حكمها حكم الاشفار وفى كل سن خمس من الابل يستوى فيه المقدم والمؤخر والثنايا والاضراس والانياب والاصل فيه ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى كل سن خمس من الابل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل ارش الطواحن على ارش الضواحك وهذا غير سديد لان الحديث

لا يوجب

لا يوجب الفضل وهــذا لا يجرى على قياس الاصابع لان الشرع ورد فى كل سن بخمس من الابل لان الاسنان اثنان وثلاثون فيزيد الواجب فى جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجــلا ضربة فالقى أسنانه كلها فعليــه دية وثلاثة اخماس الدية لان جملة الاسنان اثنان وثلاثون سناً عشرون ضرساوأربعة أنياب وأربع ثناياوأربع ضواحك فى كل سن نصف عشر الدية فيكون جملتهاستة عشر ألف درهم وهى دية وثلاثة اخماس دية تؤدى هذه الجملة فى ثلاث سنين فى السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة وهى عشرة آلاف درهم وثلث من ثلاثة اخمــاس الدية وهى ستة آلاف درهم وفى السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقى من ثلاثة أخماس الدية وفى السنة الثالثــة ثلث الدية وهو ما بقى من الدية الــكاملة وانما كان كذلك لان الدية الــكاملة تؤدى فى ثلاث ســنين فى كل ســنة ثلثها وثلاثة اخمــاس الدية وهى ســتة آلاف درهم تؤدى فى سنتين من السنين الثلاث وهــذا يلزم أن يكون قدر المؤدى من الدية الــكاملة والناقصة فى السنتين الاوليين وقدر المؤدى من الدية الــكاملة فى السنة الثالثة ماوصفنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولا لما روى عنه عليــه الصلاة والسلام أنه قال يستأنى بالجراح حتى تبرأ والتقدير بالسنة لانها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت وسواء كان المضروب صغيراً أو كبيراً كذا روى فى المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يؤجل سنة سواء كان صغيراً أو كبيرا وقال أبو يوسف رحمه الله ينتظر فى الصغير ولا ينتظر فى الرجل وعن محمد رحمه الله أنه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجــه قوله أن السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا سقطت فالظاهر انها لا تثبت وجــه قول أبى يوسف فى الفرق بين الصغير والــكبير أن سن الصغير يثبت ظاهراً أو غالباً وسن الــكبير لا تثبت ظاهرا وجه قول أبى حنيفــة رضى الله عنه أن احتمال النبات ثابت فيجب التوقف فيه فان اشتدت ولم تسقط فلا شئ فيها وروى عن أبى يوسف رحمه الله فيها حكومــة عدل وان تغــيرت فان كان التغير الى السواد أو الى الحمرة أو الى الخضرة ففيها الارش تاماً لانه ذهبت منفعتها وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو وان كان التغير الى الصــفرة ففيها حكومــة العدل وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه ان كان حرا فلا شئ فيه وان كان مملوكا ففيه الحــكومة وهذه الرواية لا تــكاد تصح عنه لان الحر أولى بايجاب الارش من العبد وقال زفر رحمــه الله فى الصفرة الارش تاماً كما فى السواد لان كل ذلك يفوت الجمــال (ولنا) أن الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل وروى عن أبى يوسف انه ان كثرت الصفرة حتى تــكون عيبــاً كعيب الحمرة والخضرة ففيها عقلها تاماً ويجب أن يكون هــذا قولهم جميعا وان سقطت فان نبت مكانها أخرى ينظر ان نبتت صحيحة فلا شئ فيها فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف رحمه الله عليه الارش كاملا كذا ذكر الــكرخى رحمه الله وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمــه الله أن على قول أبى يوسف فيها حكومة العدل وجه قول أبى يوسف أنه فوت السن والنــابت لا يكون عوضا عن الفائت لان هذا العوض من الله تبارك وتعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن أتلف مال انسان ثم ان الله تبارك وتعالى رزق المتلف عليه مثل المتلف ولابى حنيفة رحمه الله أن السن يستأنى بها فلولا أن الحكم يختلف بالنبات لم يكن للاستيناء فيه معنى لانه لما نبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت الثانية مقام الاولى كان الاولى قائمة كسن الصبى هذا اذا نبتت بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها فاشــتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان المعــادة لا ينتفع بها لانقطاع العروق بل يبطل بأدنى شىء فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها محمد فى حكم الميتة حتى قال ان كانت أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها وأبو يوسف رحمه الله فرق بين سن نفسه وسن غيره فأجاز الصلاة فى سن نفسه دون سن غيره وعلى هــذا اذا قطع أذنه فخاطها فالتحمت انه لا يسقط عنــه الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه فلا يعود الجمال هذا اذا نبتت مكانها أخرى صحيحة فاما اذا نبتت معوجة ففيها حكومة العدل بالاجماع وان نبتت متغيرة بان نبتت سوداء أو حمراء او خضراء أو صفراء فحكمها حكم مالو كانت قائمة فتغيرت بالضربة لان النابت قام مقام

الذاهب فكان الاولى قائمة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك (وأما) سن الصبي اذا ضرب عليها فسقطت فان كان قد ثغر فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه وان كان قبل ان يثغر فان لم تنبت أو نبتت متغيرة فكذلك وان نبتت صحيحة فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما في سن البالغ وفي قول أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة الالم فرق أبو يوسف على ما ذكره الكرخي رحمه الله بين سن البالغ والصبي لان سن الصبي اذا لم يثغر لا نبات له الا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه فريعة مسألة الشجة اذا التحمت ونبت الشعر عليها أنه لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الرحمة فيها حكومة الالم وعند محمد عليه الرحمة فيها أجرة الطبيب والمسألة تأتي في بيان حكم الشجاج ان شاء الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتحرك فأجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من ضربتك وقال الضارب ما سقطت بضربي فالمضروب لا يخلو (اما) ان جاء في السنة (واما) أن جاء بعد مضي السنة فان جاء في السنة فالقياس أن يكون القول قول الضارب وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شج رأس انسان موضحة فصارت منقلة فاختلفا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج لا بل صارت منقلة بضربة أخرى حدثت فالقياس على السن ان يكون القول قول الشاج وفي الاستحسان القول قول المشجوج وللقياس وجهان أحدهما أن المضروب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما والضمان لم يكن واجبا فلا تجب بالشك والى هذا أشار محمد في الاصل فقال استحسن في السن لورود الاثر والاثر عن ابراهيم النخعي رحمه الله وللاستحسان وجهان من الفرق أحدهما أن الظاهر شاهد للمضروب في مسألة السن لان سبب السقوط حصل من الضارب وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهداً للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة الموضحة لا تكون سبباً لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهداً له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني أنه لما جرى التأجيل حولا في السن والتأجيل مدة الحول لانتظار ما يكون من الضربة فاذا جاء في الحول وقد سقطت سنه فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له (فاما) الشجة فلم يقدر في انتظارها وقت فكان القول قول الشاج في قدر الشجة وان جاء بعد مضي السنة فالقول قول الضارب لان التأجيل مدة الحول لاستقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة فاذا لم يجئ دل على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط محالا الى سبب حادث فكان الظاهر شاهداً للضارب أو لم يشهد لاحدهما فيبقى المضروب مدعيا ضمانا على الضارب وهو ينكر فالقول قوله أو يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك وكذا على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لانتظار حال السن فاحتمل السقوط من ضربة أخرى من غيره واحتمل من ضربته فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الشجاج فالكلام في الشجة يقع في موضعين أحدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في بيان حكمها بغيرها أما الاول فالموضحة اذا برئت وبقي لها أثر ففيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية هكذا روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق لها أثر بان التحمت ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه أجرة الطبيب (وجه) قوله أن أجرة الطبيب انما لزمته بسبب هذه الشجة فكأنه أتلف عليه هذا القدر من المال ولابي يوسف أن الشجة قد تحققت ولا سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالاثر وقد زال ذلك فسقط الارش

والقول

والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له فى الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا ايجاب أجرة الطبيب لان المنافع على أصل أصحابنا رضى الله عنهم لا تتقوم مالا بالعقد أو شبهة العقد ولم يوجد فى حق الجانى العقد ولا شبهته فلا يجب عليه أجرة الطبيب (وأما) حكمها بغيرها بان شج رأس انسان موضحة فسقط شعر رأسه أو ذهب عقله أو بصره أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده فلا شك فى انه يجب عليه ارش هذه الاشياء وهل يجب عليه ارش الموضحة أم يدخل فى ارشها عندهما لا يدخل ارش الموضحة الا فى الشعر والعقل ولا يدخل فيما وراء ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله فى الاملاء يدخل فى الكل الا فى البصر وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا يدخل الا فى الشعر فقط وقال زفر رحمه الله لا يدخل فى شئ من ذلك أصلا (وجه) قوله أن الشجة واذهاب الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان فلا يدخل احداهما فى الاخرى كسائر الجنايات من قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك (وجه) قول الحسن رحمه الله انهما جنايتان اختلف محلهما والمقصود منهما فلا يدخل ارش احداهما فى الاخرى كارش اليدين والرجلين ولابى يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل فيها ارش الموضحة كالعقل (وأما) البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليد والرجل وهذا الفرق يبطل بالشعر لانه ظاهر و يدخل ارش الموضحة فيه ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الفرق بين الشعر والعقل و بين غيرهما ووجهه أن فى الشعر الجناية حلت فى عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد (وأما) اتحاد العضو فلا شك فيه لان كل ذلك حصل فى الرأس (وأما) العقل فلانه لم يوجد منه الا الشجة (وأما) اتحاد السبب فلان دية الشعر تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر فكان سبب وجوبهما واحدا فيدخل الجزء فى الكل كما اذا قطع رجل اصبع رجل فشلت اليد ان ارش الاصبع يدخل فى دية اليد كذا هذا وفى العقل الواجب دية النفس من حيث المعنى لان جميع منافع النفس يتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى فكان الواجب دية النفس فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج رأسه موضحة فسرى الى النفس فمات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والمحل لان سبب الوجوب فى كل واحد منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب والمقصود فامتنع التداخل وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قضى فى شجة واحدة باربع ديات فان اختلفا فى ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها اعتراف الجانى وتصديق المجنى عليه أو نكوله عن اليمين وقد يعرف البصر بنظر الاطباء بان ينظر اليه طبيبان عدلان لانه ظاهر تمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالقاء حية بين يديه وفى السمع يستغفل المدعى كما روى عن اسماعيل بن حماد ابن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنهم ان رجلا ضرب امرأة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشاغل عنها بالنظر فى القضاء ثم التفت اليها وقال ياهذه غطى عورتك فجمعت ذيلها فعلم انها كاذبة فى دعواها وفى الكلام يستغفل أيضا وفى الشم يختبر بالروائح الكريهة وسواء ذهب جميع هذه الاشياء بالشجة أو ذهب بعضها دون البعض الاجتماع والافتراق فى هذا سواء لان التداخل فيما يجرى فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب الفصل بين الاجتماع والافتراق ولا تدخل ديات هذه الاشياء بعضها فى بعض الا عند السراية انه يسقط ذلك كله وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشياء من السمع والبصر والكلام ونحوها أصل بنفسه لاختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعا لصاحبه فى الارش وانما دخلت اروشها فى دية النفس عند السراية لان الاعضاء كلها تابعة للنفس فتدخل اروشها فى دية النفس ثم ان كان الاول خطأ تتحمل العاقلة وان كان عمدا فدية النفس فى ماله وكل ذلك فى ثلاث سنين وسواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقلة أو آمة فالشجاج كلها فى التداخل سواء لان المعنى لا يوجب الفصل وسواء قلت الشجاج أو كثرت بعد أن لا يجاوز ارشها الدية حتى لو كانت آمتين أو ثلاث أوام وذهب منها الشعر أو العقل يدخل ارشها فى الشعر والعقل وان كانت أربع أوام

يدخل قدر الدية لا غير و يجب فيهادية وثلث دية لان الكثير لا يتبع القليل فيمادون النفس وعلى قول زفر رحمه الله عليه ديتان وثلث دية لانه لا يرى التداخل فى الشجاج أصلا و رأسا ولوسقط بالموضحة بعض شعر رأسه ينظر الى ارش الموضحة والى حكومة العدل فى الشعر فان كانا سواء لا يجب الا ارش الموضحة وان كان أحدهما أكثر يدخل الاقل فى الاكثر أيهما كان لانهما يجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء فى الجملة ولو كانت الشجة فى حاجبه فسقط ولم ينبت يدخل ارش الموضحة فى ارش الحاجب وهو نصف الدية كما يدخل فى ارش الشعر لما قلنا وهذه المسائل من الشجاج الخطأ (فاما) اذا كانت الشجة عمداً فذهب منها العقل أو الشعر أو السمع أو غيره ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ ومما يلحق بمسائل التداخل ما اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة أو اصبعان أو ثلاث أو أكثر من ذلك أو أقل وجملة الكلام فيه انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعداً تجب دية الاصابع ولا شيء فى الكف فى قولهم جميعا لان الكف تبع لجميع الاصابع بدليل انه اذا قطع الكف يجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا يجب لاجل الكف شيء فاذا بقى أكثر الاصابع فللاكثر حكم الكل وان بقى من الكف أقل من ثلاث أصابع يجب ارش ما بقى منها وان كان مفصلا واحداً ولا يجب فى الكف شيء فى قول أبى حنيفة والاصل عند أبى حنيفة رحمه الله انه اذا بقى من الاصابع شيء له ارش معلوم ولو مفصلا واحدا دخل ارش اليد فيه حتى لو لم يكن فى الكف الا ثلث مفصل من أصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف فعليه ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها أصبعان فعليه خمسا دية اليد وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل فى الكثير أيهما كان فينظر الى حكومة الكف والى ارش ما بقى من الاصابع فيدخل أقلهما فى أكثرهما أيهما كان لان القليل يتبع الكثير لا عكسا فيدخل القليل فى الكثير ولا يدخل الكثير فى القليل (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان ما بقى من الاصابع أو من مفاصلها فهو أصل لان له ارشا مقدراً والكف ليس لها ارش مقدر وهى متصلة بالاصابع فيتبعها فى ارشها كما يتبع جميع الاصابع أو أكثرها ونظير هذا ما قالوا فى القسامة انه ما بقى واحد من أهل المحلة فالقسامة عليهم لا على المشترين وكذلك الوصية لولد فلان أنه ما بقى له ولد من صلبه وان كان واحداً لا يدخل ولد الولد فى الوصية وقال أبو يوسف اذا قطع كفاً لا أصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش اصبع لان الواحدة يتبعها الكف فى قول أبى حنيفة رحمه الله والتبع لا يساوى المتبوع فى الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطأ ففى الكف مع الاصابع الدية وفى الذراع حكومة العدل فى قولهما وقال أبو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله واحتجا بقوله عليه الصلاة والسلام وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص من رؤس الاصابع الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له ارش مقدر يتبعه فى الارش كالكف مع الاصابع (وجه) قولهما أن الدية انما تجب فى الاصابع والكف تابعة للاصابع بدليل انه اذا أفرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف لا يجب الا نصف الدية أيضاً فلو جعل الذراع تبعا لكان لا يخلو اما ان يجعل تبعاً للاصابع (واما) أن يجعل تبعاً للكف لا سبيل الى الاول لان بينهما عضواً فاصلا وهو الكف فلا يكون تبعاً لها ولا وجه للثانى لان الكف تابعة فى نفسها فلا تستتبع غيرها وعلى هذا الخلاف اذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ والاصل عند أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ان أصابع اليد لا يتبعها الا الكف فلا يدخل فى ارشها غير ارش الكف وكذلك أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل فى ارشها غير ارش القدم والاصل عند أبى يوسف وابن أبى ليلى ان ما فوق الكف من اليد تبع وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع فى المتبوع كما يدخل ارش الكف فى الاصابع (وأما) الجراح ففى الجائفة ثلث الدية لما روى عنه عليه الصلاة

والسلام

والسلام انه قال فى الجائفة ثلث الدية فان نفذت الى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية وقد روى عن سيدنا أبى بكر الصديق أنه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام ولم ينقل انه خالفه فى ذلك أحد منهم فيكون اجماعا وعلى هذا يخرج ما اذا رمى امرأة بحجر فأصاب فرجها فافضاها بأن جعل موضع البول والغائط واحدا وهى تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا فى معنى الجائفة وجملة الكلام ان المفضاة لا يخلو (اما) ان كانت أجنبية (واما) ان كانت زوجته والافضاء لا يخلو (اما) أن يكون بالآلة (واما) أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الاصبع وما يجرى مجراه فان كانت أجنبية والافضاء بالآلة فان كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل لان العقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالافضاء سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك لان التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضا وعلى الزوج العقر لان الوطء لا يخلو من ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها بالافضاء لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الارش بالافضاء لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جائفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضا لوجود الاكراه ولها الارش بالافضاء لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لانها جائفة وكمال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها فى قولهما وعند محمد رحمه الله لها المهر والدية وجه قوله ان سبب وجوب المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية تجب باتلاف العضو فلا يدخل أحدهما فى الآخر ولهذا لم يدخل المهر فى ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا هذا ولهما أن سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل اذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء فى ضمان الكل كالاب اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل فى قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلى رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما لا يجمع بينهما بل الاقل يدخل فى الاكثر كما يدخل ارش الموضحة فى دية الشعر فكانت المسئلة ممنوعة ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لان المنافى لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد هذا اذا كان الافضاء بالآلة (فاما) اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب فى هذا الفصل فى جميع وجوهه كالجواب فى الفصل الاول فى الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان الارش فى هذا الفصل يجب فى ماله وفى الفصل الاول تتحمله العاقلة لان الافضاء بالآلة يكون فى معنى الخطأ وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا لا وجه لايجاب المهر فى هذا الفصل لان وجوبه متعلق بقضاء الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيما لامر الابضاع كما الحق الايلاج بدون الانزال بالايلاج مع الانزال فى وجوب الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة القصور فى قضاء الشهوة تفخيما لشان الفروج والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت المرأة أجنبية (فاما) اذا كانت زوجته فافضاها فلا شئ عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك فى قولهما وقال أبو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية فى ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث الدية فى ماله (وجه) قوله انه مأذون فى الوطء لا فى الافضاء فكان متعديا فى الافضاء فكان مضمونا عليه (ولهما) ان الوطء مأذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون

مضمونا كالبكارة ولو وطئ زوجته فماتت فلا شيء عليه في قولهما وقال أبو يوسف على عاقلته الدية (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا في الافضاء انه مأذون في الوطء لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه الا ان ضمان هذا على العاقلة وضمان الافضاء في ماله لان الافضاء لا يكون الا بالمجاوزة عن المعتاد فكان عمدا فكان الواجب به في ماله (فأما) القتل فغير مقصود بهذا الفعل في معنى الخطأ فتتحمله العاقلة (وأما) وجه قولهما فعلى نحو ما ذكرنا في الافضاء ولو وطئها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لان الكسر لا يتولد من الوطء المأذون فيه بل هو فعل مبتدأ فكان فعلا تعديا محضا فكان مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) سائر جراح البدن اذا برئت وبقي لها أثر ففيها حكومة العدل وان لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا في الشجة وان مات فالجراحة لا تخلو (اما) ان كانت من واحد (واما) ان كانت من عدد فان كانت من واحد ففيها القصاص ان كانت عمدا والدية ان كانت خطأ وان كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من أعداد (اما) ان كانت كلها مضمونة (واما) ان كان بعضها مضمونا والبعض غير مضمون فان كان الكل مضمونا بان جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى خطأ فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين وسواء جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر جرحه جراحتين أو أكثر لا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجارح لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة حتى لو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر جراحتين وآخر ثلاثا فمات من ذلك كله كانت الدية بينهم أثلاثا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فعفا المجروح للجارح عن جراحة واحدة من العشر وما يحدث منها ثم مات من ذلك ان على صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة الربع ويسقط الربع لانه لما سقط اعتبار عدد الجراحات كانت الجراحة الواحدة كالعشر في الضمان ثم لما عفا عن واحدة من الجراحات العشر انقسمت العشر فيتغير حكمها فصار لتسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن الواحدة من العشرة الربع وبقي الربع تبعا للتسعة وان كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط بقدر ما ليس بمضمون ويبقى بقدر المضمون وعلى هذا يخرج ما اذا جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك ان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر لانه مات بجراحتين احداهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة فانقسم الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقي بقدر المضمون وكذلك لو جرحه الرجل جراحتين والسبع جراحة واحدة أو جرحه السبع جراحتين والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر النصف لانه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به خراج وأصابه حجر رمت به الريح فمات من ذلك فعلى الرجل نصف الدية ويهدر النصف والاصل انه يجعل الجراحات التي ليس لها حكم يلزم أحدا كجراحة واحدة ويصير كأنه مات من جراحتين احداهما مضمونة والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف الدية ويبطل نصفها سواء كثر عدد الهدر أو قل هو كجراحة واحدة لان الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل الواحد انها في الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى ثم انضم الى ذلك شيء مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فاعله فان على كل رجل ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات وان كثر فهو كجراحة واحدة وكل واحدة من جراحتي الرجلين مضمونة فقد مات من ثلاث جراحات جراحتان منها مضمونتان وجراحة هدر فتقسم الدية أثلاثا فيسقط قدر ما ليس بمضمون وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فان كان لبعض الجناة جنايات مختلفة الاحكام فانه يقسم ما يخصه على جناياته بعد ما قسم عدد الجناية على أحكام الجنايات وذلك نحو رجل أمر رجلا أن يقطع يده لعلة بها

ثم

ثم ان المأمور جرح الآمر جراحة أخرى بغير أمره ثم جرحه رجلان آخران كل واحد منهما جراحة ثم عقره سبع ثم نهشته حية وخرج به خراج فمات من ذلك كله تقسم الدية أرباعا لان الموت حصل من أربع جنايات لان الهدر من الجنايات لها حكم جناية واحدة وجراحتا المأمور وان اختلف حكمهما فانهما حصلا من رجل واحد فلا يثبت لهما في حق شركائه الا حكم جناية واحدة فثبت ان الموت حصل من أربع جنايات فكانت قسمة الدية أرباعا هدر الربع منها وبقيت ثلاثة أرباع تقسم على الجنايات الثلاثة فيكون على كل واحد منهم الربع ثم ما أصاب المأمور بالقطع تقسم حصته وهي الربع على جراحتيه فاحداهما مضمونة وهي التي فعلها بغير أمر المجروح والاخرى غير مضمونة وهي التي فعلها بأمره وهي القطع فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع وهو الثمن وبقي قدر ما هو مضمون وهو نصف الربع الآخر وهو الثمن الآخر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ان رجلا أمر عشرة أن يضربوا عبده أمر كل واحد منهم أن يضربه سوطا فضربه كل واحد منهم ما أمره ثم ضربه رجل آخر لم يأمره سوطا فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر ارش السوط الذي ضربه من قيمته مضروبا بعشرة أسواط وعليه أيضا جزء من أحد عشر جزأ من قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا وانما كان كذلك (أما) وجوب ارش السوط الذي ضربه فلانه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان (وأما) اعتبار قيمة العبد مضروبا بعشرة أسواط فلانه ضربه بعد ما انتقص من ضرب العشرة وذلك حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادي عشر من قيمته لذلك اعتبرت قيمته وهو مضروب بعشرة فيقوم وهو غير مضروب ويقوم وهو مضروب بعشرة أسواط فيلزم الذي لم يؤمر بالضرب ذلك القدر (وأما) وجوب جزء من أحد عشر جزأ من قيمته فلانه مات من أحد عشر سوطا كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة وهو الآدمي فانقسم الضمان على عددهم ثم ما أصاب العشرة سقط عنهم لحصوله باذن المالك وما أصاب الحادي عشر ضمنه الذي لم يؤمر بالضرب لانه ضرب بغير اذن المالك (وأما) اعتبار تضمينه مضروبا بأحد عشر سوطا فلان البعض الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل غيره فلا يكون عليه ضمانه (وأما) السوط الحادي عشر فلانه قد ضمن نقصانه مرة فلا يضمنه ثانيا وانما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء اذا تعلق بسبب واحد لا يدخل أحدهما في الآخر بخلاف ما اذا ضربه واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع هناك ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لاتحاد سبب الضمانين هذا اذا أمر المولى عشرة أن يضربه كل واحد منهم سوطا فان كان المولى هو الذي ضربه عشرة أسواط بيده ثم ضربه أجنبي سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى الاجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته مضروبا بعشرة أسواط وعليه أيضا نصف قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا اما وجوب ضمان نقصان السوط واعتبار قيمته مضروبا بعشرة أسواط فلما ذكرنا (واما) وجوب نصف قيمته فلانه مات من سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى بمنزلة جناية واحدة لانها حصلت من رجل واحد والجنايات من واحد وان كثرت فهي في حكم جناية واحدة فصار كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبي وسوط المولى ليس بمضمون وسوط الاجنبي مضمون فسقط نصف القيمة وثبت نصفها (وأما) اعتبار قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة فلما ذكرنا في المسئلة المتقدمة رجل أمر غيره أن يجرحه جراحة واحدة فجرحه عشر جراحات وجرحه آخر جراحة أخرى واحدة بغير أمره ثم عفا المجروح لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير أمره ثم مات المجروح من ذلك كله فعلى صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة ثمن الدية لان نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة والنصف الآخر تعلق بصاحب العشرة وواحدة منها بأمر المجروح فصار عليه الربع ثم انقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المجني عليه حرا

ذ كرافاما اذا كان أنثى حرة فانه يعتبر مادون النفس منها بديتها كديتها قل أو كثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال تعاقل المرأة الرجل فيما كان ارشه نصف عشر الدية كالسن والموضحة أي ما كان ارشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها أى ارش الرجل والمرأة الى ثلث ديتها سواء وهو مذهب أهل المدينة ويروون انه عليه الصلاة والسلام قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها وهذا نص لا يتحمل التأويل واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث الغرة انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بالغرة وهى نصف عشر الدية ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والانثى فيدل على استواء أرش الذكر والانثى فى هذا القدر (ولنا) انه بنصف بدل النفس بالاجماع وهو الدية فكذا بدل مادون النفس لان المنصف فى الحالين واحد وهو الانوثة ولهذا ينصف مازاد على الثلث فكذا الثلث ومادونه ولان القول بما قاله أهل المدينة يؤدى الى القول بقلة الارش عند كثرة الجناية وانه غير معقول والى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى رحمه الله فانه روى انه سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع المرأة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل أرشها فقال أعراقى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال هكذا السنة يا ابن أخى وعنى به سنة زيد بن ثابت رضى الله عنه أشار ربيعة الى ماذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث لم يعترض عليه وأحال الحكم الى السنة وبهذا تبين ان روايتهم عنه عليه الصلاة والسلام لم تصح اذ لو صحت لما اشتبه الحديث على مثل سعيد ولا حال الحكم الى قوله عليه الصلاة والسلام لا الى سنة زيد رضى الله عنه فدل ان الرواية لا تكاد تثبت عنه عليه الصلاة والسلام وأما حديث الغرة فى الجنين فنقول بموجبه ان الحكم فى ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والانوثة وانما الكلام فى ارش المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل انه عليه الصلاة والسلام لم يفصل فى الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذى ذكرنا اذا كان الجانى حرا والمجنى عليه حرا فأما اذا كان الجانى حرا والمجنى عليه عبدا فالاصل فيه عند أبى حنيفة رضى الله عنه ماذكرنا فى الفصل المتقدم ان كل شىء من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته سواء كان فيما يقصد به المنفعة أو الجمال والزينة فى رواية عنه وفى رواية فيما يقصد به الجمال والزينة يجب النقصان وعندهما فى جميع ذلك يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم غير مجنى عليه فيغرم الجانى فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه ووجه قولهما فى الفصل الاول

﴿فصل﴾ وأما شرائط الوجوب فهو ان تكون الجناية خطأ اذا كانت الجناية فيما فى عمده القصاص فان كانت مما لا قصاص فى عمده يستوى فيه الخطأ والعمد وقد مر بيان الجنايات التى فى عمدها القصاص وما لا قصاص فى عمدها

﴿فصل﴾ وأما بيان الجناية التى تتحملها العاقلة والتى لا تتحملها فيما دون النفس فنقول لا خلاف انه اذا بلغ ارش الجناية فيما دون النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمسمائة فى الذكور ومائتان وخمسون فى الاناث تتحمله العاقلة واختلف فيما دون ذلك فى الرجل والمرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يكون فى مال الجانى ولا تتحمله العاقلة وقال الشافعى رحمه الله تعالى العاقلة تتحمل القليل والكثير (وجه) قوله ان التحمل من العاقلة لتفريط منهم فى الحفظ والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير (ولنا) ان القياس يأبى التحمل لان الجناية حصلت من غيرهم وانما عرفناذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهى نصف عشر الدية فبقى الامر فيما دون ذلك على أصل القياس ولان مادون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبه ضمان الاموال فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال ولا يلزم على هذا ارش الانملة فان لها ارشا

مقدرا

مقدرا وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتحمله العاقلة لان الانملة ليس لها ارش مقدر بنفسها بل بالاصبع فكانت جزأ ماله ارش مقدر وهو الاصبع فلا تتحمله العاقلة ثم ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة في سنة واحدة استدلالا بكمال الدية فان كل الدية تؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فان سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون اجماعا فكلما كان من الارش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة لان في الدية الكاملة هكذا فاذا ازداد الارش على ثلث الدية فقدر الثلث يؤخذ في سنة والزيادة في سنة أخرى لان الزيادة على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية فكذلك اذا انفردت فان زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة قياسا على كل الدية والله تعالى أعلم (وأما) مادون النفس من العبيد فلا تتحمله العاقلة بالاجماع لان مادون النفس من العبيد له حكم الاموال لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المال لا تتحمله العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو المسمى بالحكومة فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنايات التي تجب فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة أما الاول فالاصل فيه ان مالا قصاص فيه من الجنايات على مادون النفس وليس له ارش مقدر ففيه الحكومة لان الاصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن اذا عرف هذا فنقول في كسر العظام كلها حكومة عدل الا السن خاصة لان استيفاء القصاص بصفة المماثلة فيما سوى السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب الحكومة وأمكن استيفاء المثل في السن والشرع ورد فيها بارش مقدر أيضا فلم تجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وذكر الخصي والعنين حكومة عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها ارش مقدر أيضا لان المقصود ههنا المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة أيضا لان العين القائمة الذاهب نورها لا جمال فيها عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبع والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر أيضا لانعدام المنفعة والزينة لكنها جزء من النفس وأجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا (واما) الصغير الذي لم يمش ولم يقعد و رجله ولسانه وأذنه وأنفه وعينه وذكره ففي أنفه وأذنه كمال الدية وكذلك في يديه و رجليه اذا كان يحركهما وكذا في ذكره اذا كان يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان استهل مالم يتكلم لان الاستهلال صياح وأما العينان فان كان يستدل بشيء على بصرهما ففيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك (أما) الانف والاذن فلان المقصود منهما الجمال لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكماله كما يوجد في الكبير (وأما) الاعضاء التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل حتى يعلم صحتها بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجد تفويت منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه ارش كامل فاذا لم يعلم يقع الشك في وجود سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان الاصل هو الصحة والا فة عارض فكانت الصحة ثابتة ظاهر الانا لا نسلم هذا الاصل في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة والسلامة لانه كان نطفة وعلقة ومضغة فما لم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان براءة ذمة الجاني أصل أيضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل على الصحة على ان الصحة ان كانت ثابتة ظاهرا بحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق كحياة المفقود انها تصلح لدفع الارث لا لاستحقاقه وفي الظفر اذا نبت لا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه عادت المنفعة والزينة وان مات ففيه حكومة عدل لانه لا قصاص فيه ولا له ارش مقدر وكذا اذا نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك لان النابت عوض عن الذاهب فكأن الاول قائم ودخله عيب وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله انه اذا نبت أسود ان فيه حكومة لما أصاب من الالم بالجراحة الاولى بناء على أصله ان الالم مضمون وفي ثدي الرجل حكومة العدل لانه لا قصاص فيه

ولا ارش مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب الحكومة فيهما وفى أحدهما نصف ذلك الحكم وفى حلمة ثديه
حكم عدل دون مافى ثديه لما قلنا وثدى المرأة تبع للحلمة حتى لو قطع الحلمة ثم الثدى فان كان قبل البرء لا يجب الا
نصف الدية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية فى الحلمة والحكومة فى الثدى لان منفعة الثدى الرضاع وذلك
يبطل بقطع الحلمة وكذلك الانف مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف تجب الدية ولو قطع مع المارن لا تجب
الا دية واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء ففى المارن الدية وفى
الانف الحكومة وكذلك الجفن مع الاشفار حتى لو قطع الشفر بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن
معه لا يجب ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد
البرء يجب فى الشفر ارشه وفى الجفن الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة فلا
يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع أنفا مقطوع الارنبة ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف
الجمال وقد نقص جماله بقطع الارنبة فينتقص ارشه وكذلك اذا قطع كفا مقطوعة الاصابع لان
المقصود من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك اذا قطع ذكرا مقطوع الحشفة لان منفعة الذكر
تزول بزوالها فلا يمكن ايجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة (ولو) قطع الذكر والانثيين فان قطعهما
معا بان قطعهما من جانب عرضا يجب ديتان لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الانثيين فقد
وجد تفويت منفعة الجنس فى قطع كل واحد منهما فيجب فى كل واحد منهما دية كاملة وان قطع احدهما بعد
الآخر بأن قطعهما طولا فان قطع الذكر أولا تجب ديتان أيضا دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية
بقطع الانثيين لان بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الانثيين وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم الذكر وان بدأ بقطع
الانثيين ثم الذكر ففى الانثيين الدية وفى الذكر حكومة العدل لان منفعة الانثيين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة
الذكر تفوت بقطع الانثيين اذ لا يتحقق الانزال بعد قطع الانثيين فنقص ارشه ولو حلق رأس رجل فنبت
أبيض فلا شئ فيه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وقال) أبو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبدا ففيه ما نقص
(وجه) قوله ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة فى الاحرار ولا زينة فى الشعر الابيض فلا يقوم النابت
مقام الفائت (وجه) قول أبى حنيفة ان الشيب فى الاحرار ليس بعيب بل هو جمال وكمال فلا يجب به ارش بخلاف
العبيد فان الشيب فيهم عيب ألا يرى انه ينقص الثمن فكان مضمونا على الجانى وفيما دون الموضحة من الشجاج حكومة
عدل وكذا روى عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكم عدل (وكذلك)
روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة
والخلاف الذى ذكرنا فى المتلاحمة بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم لان أبا يوسف
لا يمنع ان تكون الشجة التى قبل الباضعة أقل منها ارشا وكذلك محمد لا يمنع ان تكون ارش الشجة التى ذهبت فى اللحم
أكثر مما ذهبت الباضعة زائدا على ارش الباضعة فكان الاختلاف بينهما فى العبارة وفيما سوى الجائفة من
الجراحات التى فى البدن اذا اندملت ولم يبق لها أثر لا شئ فيها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف رحمهما الله فيه ارش
الالم وعند محمد رحمه الله أجرة الطبيب وقد مرت المسئلة وان بقى لها أثر ففيها حكومة عدل وكذا فى شعر سائر البدن
اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لا شئ فيه والله سبحانه وتعالى علم (وأما) تفسير الحكومة فان كان الجانى والمجنى
عليه عبدا يقوم العبد مجنيا عليه وغير مجنى عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بلا خلاف وان كان الجانى والمجنى عليه
حرا فقد ذكر الطحاوى رحمه الله انه يقوم المجنى عليه لو كان عبدا ولا جناية به ويقوم وبه الجناية فينظر كم بين القيمتين
فعليه القدر من الدية (وقال) الكرخى رحمه الله تقرب هذه الجناية الى أقرب الجنايات التى لها ارش مقدر فينظر ذوا
عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا فى قلة الجراحات وكثرتها بالحزر والظن فيأخذ القاضى بقولهما ويحكم من

الارش بمقدارہ من ارش الجراحة المقدرة (وجـه) ماذكره الطحاوى رحمه الله ان القيمة فى العبد كالدية فى الحر فيقدر العبد حراً فمـا أوجب نقصا فى العبد يعتبر به الحر وكان الكرخى رحمه الله ينكر هذا القول و يقول هذا يؤدى الى أمر فظيع وهو ان يجب فى قليل الشجاج أكثر مما يجب فى كثيرها لجواز ان يكون نقصان شجة السمحاق فى العبد أكثر من نصف عشر قيمته فلو أوجبنا مثل ذلك من دية الحر لاوجبنا فى السمحاق أكثر مما يوجب فى الموضحة وهذا لا يصح والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه وهو الجنين بان ضرب على بطن حامل فالقت جنينا فيتعلق بها أحكام وجملة الكلام فيه ان الجنين لا يخلو اما ان يكون حراً بان كانت أمه حرة أو أمـة علقت من مولاها أو من مغرور واما ان يكون رقيقاً ولا يخلو اما ان القته ميتا وما ان القته حيا فان كان حراً وألقته ميتا ففيـه الغرة والكلام فى الغرة فى مواضع فى بيان وجوبها وفى تفسيرها وتقديرها وفى بيان من تجب عليه وفى بيان من تجب له أما الاول فالغرة واجبة استحسانا والقياس ان لاشئ على الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب ويحتمل انه لم يكن بان لم تخلق فيه الحياة بعـد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب فى جنـين البهيمة شئ الا نقصان البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهو ماروى عن مغيرة بن شعبة رضى الله عنـه انه قال كنت بين جاريتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فالقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية و بغرة الجنين وروى ان سيدنا عمر رضى الله عنه اختصم اليه فى املاص المرأة الجنين فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أنشدكم الله تعالى هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليـه وسلم فى ذلك شيئا فقام المغيرة رضى الله عنـه فقال كنت بين جاريتين وذكر الخبر وقال فيـه فقام عم الجنين فقال انه أشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وروى كسجع الاعراب فيه غرة عبد أو أمة فقال سيدنا عمر رضى الله عنه من شهد معك بهذا فقام محمد بن سلمة فشهد فقال سيدنا عمر رضى الله عنه كدنا ان نقضى فيها برأينا وفيها سنة عن رسول الله صـلى الله عليه وسلم وروى هذه القصة أيضا حمل بن مالك ابن النابغة ولان الجنين ان كان حيا فقد فوت الضارب حياته وتفويت الحياة قتل وان لم يكن حيا فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق فى الولد وجب الضمان عليه وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وان لم يستبن شئ من خلقه فلا شئ فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة وسواء كان ذكراً أو أنثى لما قلنا ولان عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة فيه (وأما) تفسير الغرة فالغرة فى اللغة عبد أو أمة كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة وكذا فسرها رسول الله صـلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى روينا فقال عليه الصلاة والسلام فيه غرة عبد أو أمة فسر الغرة بالعبد والامة وروى انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة او خمسمائة وهـذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى فصـارت الغرة فى عرف الشرع اسما لعبد او امـة يعدل خمسمائة او خمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيرا للرواية الاولى ثم تقدير الغرة بالخمسمائة مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وعنـد الشافعى رحمه الله مقدرة بستمائة وهذا فرع اصل ماذكرناه فيما تقدم لانهم اتفقوا على ان الواجب نصف عشر الدية لكنهم اختلفوا فى الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة آلاف فكان نصف عشرها خمسمائة وعنـده مقدر باثنى عشر الفاً فكان نصف عشرها ستمائة ثم ابتدأ الدليـل على صحة مذهبنا ان فى بعض الروايات انه عليه الصلاة والسـلام قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة وهذا نص فى الباب (وأما) بيان من تجب عليه الغرة فالغرة تجب على العاقلة لما روينا من الحديث انه عليه الصلاة والسلام قضى على عاقلة الضاربة بالدية و بغرة الجنين وروى ان عاقلة الضاربة قالوا أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل هذا بطل وهـذا يدل على أن القضاء بالدية كان عليهم

حيث أضافوا الدية الى أنفسهم على وجه الانكار ولانها بدل نفس فكانت على العاقلة كالدية (وأما) من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله انها لاتورث وهي للام خاصة (وجه) قوله ان الجنين في حكم جزء من أجزاء الام فكانت الجناية على الام فكان الارش لها كسائر أجزائها (ولنا) ان الغرة بدل نفس الجنين وبدل النفس يكون ميراثا كالدية (والدليل) على انها بدل نفس الجنين لابدل جزء من أجزاء الام ان الواجب في جنين أم الولد ماهو الواجب في جنين الحرة ولاخلاف في ان جنين أم الولد جزء ولو كان في حكم عضو من أعضاء الام لكان جزأ من الام حر أو بقية أجزائها أمة وهذا لايجوز (والدليل) عليه انه عليه الصلاة والسلام قضى بدية الام على العاقلة وبغرة الجنين ولو كان في معنى أجزاء الام لما أفرد الجنين بحكم بل دخلت الغرة في دية الامة كما اذا قطعت يد الام فماتت انه تدخل دية اليد في النفس وكذا لما أنكرت عاقلة الضاربة حمل الدية إياهم فقالت اندى من لاصاح ولا استهل ولاشرب ولا أكل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي عليه الصلاة والسلام اني أوجبت ذلك بجناية الضاربة على المرأة لابجنايتها على الجنين ولو كان وجوب الارش فيه لكونه جزأ من أجزاء الام لرفع انكارهم بما قلنا فدل ان الغرة وجبت بالجناية على الجنين لا بالجناية على الام فكانت معتبرة بنفسه لا بالام ولا يرث الضارب من الغرة شيئا لانه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث ولا كفارة على الضارب لانه عليه الصلاة والسلام لما قضى بالغرة على الضاربة لم يذكر الكفارة مع ان الحال حال الحاجة الى البيان ولو كانت واجبة لبينها ولان وجوبها متعلق بالقتل وأوصاف أخرى لم يعرف وجودها في الجنين من الايمان والكفر حقيقة أو حكما قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وقال تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق أي كان المقتول ولم يعرف قتله لانه لم تعرف حياته وكذا ايمانه وكفره حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فلاشك في انتفائهما لان الايمان والكفر لايتحققان من الجنين وكذلك حكما لان ذلك بواسطة الحياة ولم تعرف حياته ولان الكفارة من باب المقادير والمقادير لاتعرف بالرأي والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب العزيز والسنة والاجماع ولم يوجد في الجنين الذي التي ميتا شئ من ذلك فلا تجب فيه الكفارة ولان وجوبها متعلق بالنفس المطلقة والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل انه لايجب فيه كمال الدية مع ما ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلا تسبيبا لا مباشرة والقتل تسبيبا لا يوجب الكفارة كحفر البئر ونحو ذلك وذكر محمد رحمه وقال ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان يشاء ذلك فهو أفضل وليس ذلك عليه عندنا واجب وليتقرب الى الله تبارك وتعالى بما يشاء ان استطاع ويستغفر الله سبحانه وتعالى مما صنع وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقولنا كذا ذكر محمد رحمه الله لانه ارتكب محظورا فندب الى ان يتقرب بالكفارة لمحوه هذا اذا القته ميتا فاما اذا القته حيا فمات ففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئا وعليه الكفارة (أما) حرمان الميراث فلما قلنا وأما وجوب الدية والكفارة فلانه لما خرج حيا فمات علم انه كان حيا وقت الضرب فحصل الضرب قتل النفس وانه في معنى الخطأ فتجب فيه الدية والكفارة هذا اذا القت جنينا واحدا فاما اذا القت جنينين فان كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة وان كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب كل واحدة منهما وهو الاتلاف الا انه أتلفهما بضربة واحدة ومن أتلف شخصين بضربة واحدة يجب عليه ضمان كل واحد منهما كما لو أفرد كل واحد منهما بالضرب كما في الكبيرين فان القت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية لوجود سبب وجوب الغرة في الجنين الميت والدية في الجنين الحي فيستوي فيه الجمع في الاتلاف والافراد فيه فان ماتت الام من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه ديتان دية في الام ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فان خرج بعد موتها ميتا فعليه دية الام ولا شئ عليه في الجنين وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه في الجنين الغرة (وجه) قوله ان أتلفهما جميعا فيؤاخذ بضمان كل واحد منهما كما لو خرج الجنين ميتا ثم ماتت الام (ولنا) ان القياس يأبى كون الجنين مضمونا أصلا

لما بينامن احتمال عدم الحياة وازداد ههنا احتمال آخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب و يحتمل انه مات بموت الام وانما عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان فى حال مخصوصة وهى ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط اعتبار أحد الاحتمالين فيتعين الثانى فى نفى وجوب الضمان فى غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حراً فاما اذا كان رقيقا فان خرج ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كان أنثى وروى عن أبى يوسف ان فى جنين الامة ما نقص الام وقال الشافعى رحمه الله فيه عشر قيمة الام أما الكلام مع أبى يوسف رحمه الله فبناء على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان ضمان الجناية الواردة على العبد ضمان النفس أم ضمان المال فعلى أصلهما ضمان النفس حتى قالا انه لا تزاد قيمته على دية الحر بل تنقص ههنا وكذا تتحمله العاقلة وعلى أصل أبى يوسف رحمه الله ضمانها ضمان المال حتى قال تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فصار جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا نقصان الام كذا ههنا (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فبناء على أن الجنين معتبر بنفسه أم بامه وقد ذكرنا الدلائل على انه معتبر بنفسه لا بامه فيما تقدم والدليل عليه أيضا ان ضمان جنين الحرة موروث عنه على فرائض الله عز وجل ولو كان معتبراً بامه لسلم لها كما يسلم لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنين معتبر بنفسه وان الواجب فيه ضمان فهذا الاعتبار يوجب ان يكون فى جنين الامة اذا كان رقيقا نصف عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كان أنثى لان الواجب فى الجنين الحر خمسمائة ذكرا كان أو أنثى وهى نصف عشر دية الذكر و عشر دية الانثى والقيمة فى الرقيق كالدية فى الحر فيلزم ان يكون فى الجنين الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكرا اعتباراً بالحر وعشر قيمته ان كان أنثى اعتباراً بالحرة وان خرج حيا ثم مات قيمته لما قلنا فى الجنين الحر فان القت جنينين ميتين أو جنينين حيين ثم ماتا ففى كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه حال الانفراد لما ذكرنا فى الجنين الحر فان القت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات ففى كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة الانفراد لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه قيمتان قيمة فى الام وقيمة فى الجنين وان خرج الجنين ميتا بعد موت الام فعليه فى الام القيمة ولا شئ عليه فى الجنين لما ذكرنا والاصل ان فى كل موضع يجب فى الجنين الحر الغرة ففى الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وكل موضع يجب فى المضروبة اذا كانت حرة الدية ففى الامة القيمة وفى كل موضع لا يجب فى الجنين هناك شئ لا يجب هنا شئ أيضا لما ذكرنا فى جانب الحر من غير تفاوت الا ان الواجب فى جنين الامة يكون فى مال الضارب يؤخذ منه حالا ولا تتحمله العاقلة والواجب فى جنين الحرة يكون على العاقلة لان تحمل العاقل ثبت بخلاف القياس بالنص والنص ورد بالتحمل فى الغرة فى جنين الحرة فبقى الحكم فى جنين الامة على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الخنثى ﴾

(الكلام) فيه يقع فى مواضع فى تفسير الخنثى وفى بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى وفى بيان حكم الخنثى المشكل (أما الاول) فالخنثى من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى حقيقة فاما ان يكون ذكراً واما ان يكون أنثى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى فانما يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية وامكان الوصول الى النساء وعلامة الانوثة فى الكبر نهود ثديين كثديى المرأة ونزول اللبن فى ثدييه والحيض والحبل وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة فكانت علامة صالحة للفصل بين الذكر والانثى وأما العلامة فى حالة الصغر فالمبال لقوله عليه الصلاة والسلام الخنثى من حيث يبول فان كان يبول من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النساء فهو أنثى وان كان يبول منهما جميعا يحكم السبق لان سبق البول من أحدهما يدل على انه هو المخرج الاصلى وان الخروج من الآخر بطريق الانحراف عنه وان كان لا يسبق

أحدهما الآخر فتوقف أبو حنيفة رضي الله عنه وقال هو خنثى مشكل وهذا من كمال فقه أبي حنيفة رضي الله عنه لان التوقف عند عدم الدليل واجب وقال أبو يوسف ومحمد تحكم الكثرة لانها في الدلالة على المخرج الاصلي كالسبق فيجوز تحكيمه وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان كثرة البول وقلته لسعة المحل وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذكورة والانوثة بخلاف السبق وحكي انه لما بلغ أبا حنيفة قول أبي يوسف في تحكيم الكثرة لم يرض به وقال وهل رأيت حاكما يزن البول فان استويا توقفا أيضا وقالا هو خنثى مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الخنثى المشكل فله في الشرع أحكام حكم الختان وحكم الغسل بعد الموت وحكم الميراث ونحو ذلك من الاحكام أما حكم الختان فلا يجوز للرجل ان يختنه لاحتمال انه أنثى ولا يحل له النظر الى عورتها ولا يحل لامرأة أجنبية ان تختنه لاحتمال انه رجل فلا يحل لها النظر الى عورته فيجب الاحتياط في ذلك وذلك ان يشترى له من ماله جارية تختنه ان كان له مال لانه ان كان أنثى فالانثى تختن بالانثى عند الحاجة وان كان ذكرا فتختنه أمته لانه يباح لها النظر الى فرج مولاها وان لم يكن له مال يشترى له الامام من مال بيت المال جارية ختانة فاذا اختنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال لان الختان من سنة الاسلام وهذا من مصالح المسلمين فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة ثم تباع ويرد ثمنها الى بيت المال لاندفاع الحاجة والضرورة وقيل يزوجه الامام امرأة ختانة لانه ان كان ذكرا فالمرأة ان تختن زوجها وان كان أنثى فالمرأة تختن المرأة عند الحاجة وأما حكم غسله بعد الموت فلا يحل للرجل ان يغسله لاحتمال ان يكون أنثى ولا يحل للمرأة ان تغسله لاحتمال انه ذكر ولكنه ييمم كان الميمم رجلا أو امرأة غير انه ان كان ذا رحم محرم منه يممه من غير خرقة وان كان أجنبيا يممه بالخرقة ويكف بصره عن ذراعيه وأما حكم الوقوف في الصفوف في الصلاة فانه يقف بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النساء احتياطا على ماذكرنا في كتاب الصلاة وأما حكم امامته في الصلاة أيضا فقد مر فلا يؤم الرجال لاحتمال انه أنثى ويؤم النساء وأما حكم وضع الجنائز على الترتيب فتقدم جنازته على جنازة النساء وتؤخر عن جنازة الرجال والصبيان على مامر في كتاب الصلاة لجواز انه ذكر فيسلك مسلك الاحتياط في ذلك كله وأما حكم الغنائم فلا يعطى سهما ولكن يرضخ له كانه امرأة لان في استحقاق الزيادة شكا فلا يثبت بالشك وأما حكم الميراث فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يعطى له أقل الانصباء وهو نصيب الانثى الا ان يكون أسوأ أحواله ان يجعل ذكرا فحينئذ يجعل ذكرا حكما وبيان هذا في مسائل اذا مات رجل وترك ابنا معروفا وولدا خنثى فعند أصحابنا رحمهم الله تعالى يقسم المال بينهم أثلاثا للابن المعروف الثلثان وللخنثى الثلث ويجعل الخنثى ههنا أنثى كأنه ترك ابنا وبنتا ولو ترك ولدا خنثى وعصبة فالنصف للخنثى والباقي للعصبة ويجعل الخنثى انثى كانه ترك بنتا وعصبة ولو ترك أختا لاب وأم وخنثى لاب وعصبة فللاخت للاب والام النصف والخنثى لاب السدس تكملة الثلثين والباقي للعصبة ويجعل الخنثى أيضا ههنا أنثى كانه ترك أختا لاب وأم وأختا لاب وعصبة فان تركت زوجا وأختا لاب وأم وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت للاب والام النصف ولا شئ للخنثى ويجعل ههنا ذكرا لان هذا أسوأ أحواله لانا لوجعلناه أنثى لاصاب السدس وتعول الفريضة ولو جعلناه ذكرا لا يصيب شيئا كانها تركت زوجا وأختا لاب وأم وأخا لاب وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الشعبي رحمه الله يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى فيعطى له نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء (والصحيح) قول أصحابنا رحمهم الله تعالى لان الاقل ثابت بيقين وفي الاكثر شك لانه ان كان ذكرا فله الاكثر وان كان أنثى فلها الاقل فكان استحقاق الاقل ثابتا بيقين وفي استحقاق الاكثر شك فلا يثبت الاستحقاق مع الشك على الاصل المعهود في غير الثابت بيقين انه لا يثبت بالشك ولان سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المعروف وهو ذكر فيه وانما ينتقص حقه بمزاحمة الآخر فاذا احتمل انه ذكر واحتمل انه أنثى وقع الشك في سقوط حقه عن الزيادة على الثلث فلا يسقط بالشك على الاصل المعهود في

الثابت

الثابت بيقين انه لا يسقط بالشك واختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في تفسير قول الشعبي رحمه الله وتخريجه فيما اذا ترك ابنا معروفا وولدا خنثى فقال أبو يوسف على قياس قوله يقسم المال على سبعة أربعة أسهم منها للابن المعروف وثلاثة للخنثى وقال محمد رحمه الله تعالى على قياس قوله يقسم المال على اثني عشر سهما سبعة منها للابن المعروف وخمسة للخنثى وجه تفسير محمد وتخريجه لقول الشعبي ان للخنثى في حال سهما وهو ان يكون ذكرا وللابن المعروف سهم وله في حال ثلثا سهم وهو ان يكون أنثى وللابن المعروف سهم وثلث سهم فيعطى نصف ما يستحقه في حالين لانه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والانوثة الاستحالة ان يكون الشخص الواحد ذكرا وأنثى وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في الحالين وهو خمسة أسداس سهم وانكسر الحساب بالاسداس فيصير كل سهم ستة فيصير جميع المال اثني عشر سهما للخنثى منها خمسة وللابن المعروف سبعة أو يقال اذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهما فالخنثى يستحق في حال ستة من اثني عشر وهي ان يكون ذكرا وفي حال أربعة من اثني عشر وهي ان يكون أنثى فالاربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالستة من الاثني عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن المعروف والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي يوسف وتخريجه لقول الشعبي انه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى فان كان ذكرا فله نصيب ابن وهو سهم وللابن المعروف سهم وان كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وللابن المعروف سهم فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم وانما يستحق على حالة واحدة وليست احداهما باولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وذلك ثلاثة أرباع سهم وللابن المعروف سهم تام فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم للابن المعروف أربعة وللخنثى ثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم (ووجدت) في شرح مسائل المجرد المنسوب الى الامام اسماعيل بن عبد الله البيهقي رضي الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين والزيادات في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقبه الشامل بابا في الخنثى فاحببت ان ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أصل الشيخ وهو باب الخنثى (قال) ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يورث الخنثى من حيث يبول وهو مذهبنا الخنثى المشكل معتبر بالنساء في حق بعض الاحكام اذا كان الاحتياط في الالحاق بهن وبالرجال اذا كان الاحتياط فيه فحكمه في الصلاة حكم المرأة في القعود والستر وفي الوقوف بجنب الرجال في افساد صلاة الرجل ويقوم خلف الرجال وقدام النساء ولا يلبس الحرير الحاقا بالرجال وفي القصاص فيما دون النفس مثل المرأة ولو مات يمم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة ويسجى قبره ويدخل قبره ذو رحم محرم منه فان قبله رجل بشهوة لم يتزوج بامه ولو زوجه أبوه امرأة يؤجل كالعنين سنة ولا حد على قاذفه اعتبارا بالمجبوب والرتقاء وفي الكل يعتبر الاحتياط قال كل عبد لي حر وقال كل أمة لي حرة لم يعتق الخنثى المشكل لان الملك ثابت فلا يزول بالشك ولو قال القولين جميعاً عتق لما عرف (وقوله) انا ذكر أو أنثى لا يقبل لانه متهم ويشترى امرأة بان يشترى له أمة من ماله للخدمة فان لم يكن له مال فمن بيت المال لانه من مصالح أهل الاسلام (مات) وأقام رجل البينة انها كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة انه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا ان ذكرت احدى البينتين وقتا اقدم فيقضى له وفي حبسه في الدعاوى ولا يفرض له في الديوان لانه حق الرجل المقاتل فان شهد القتال يرضخ له لان الرضخ نوع اعانة وان أسر لم يقتل ولا يدخل في قسامة ولا تؤخذ منه الجزية لان هذا من أحكام الرجال أوصى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان غلاما وبخمسمائة ان كانت جارية وكان مشكلا لم يزد على خمسمائة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما رحمهما الله نصف الالف والخمسمائة قال وخروج اللحية دليل انه رجل والثدى على مثال ثدي المرأة مع عدم اللحية والحيض دليل كونه امرأة زوج خنثى

من خنثى مشكلان على ان أحدهما رجل والآخر امرأة صح الوقف فى النكاح حتى تتبين فان ماتا قبل البيان لم يتوارثا لما مر شهد شهود على خنثى انه غلام وشهود انه جارية والمطلوب ميراث قضيت بشهادة الغلام لانها أكثر اثباتا فان كان المدعى مهراً قضيت بكونها جارية وان كان المقيم لا يطلب شيئا لم اسمع البينة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الوصايا ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان جواز الوصية وفى بيان ركن الوصية وفى بيان معنى الوصية وفى بيان شرائط ركن الوصية وفى بيان صفة عقد الوصية وفى بيان حكم الوصية وفى بيان ما تبطل به الوصية (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح الا انهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله تبارك وتعالى فى آية المواريث يوصيكم الله فى أولادكم الى قوله جلت عظمته من بعد وصية يوصى بها أو دين ويوصى بها أو دين ويوصين بها أو دين وتوصون بها أو دين شرع الميراث مرتبا على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الارض ندبنا سبحانه وتعالى الى الاشهاد على حال الوصية فدل انها مشروعة (وأما) السنة فما روى ان سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وهو سعد بن مالك كان مريضاً فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله أوصى بجميع مالى فقال لا فقال بثلثى مالى قال لا قال فبنصف مالى قال لا قال فبثلث مالى فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وروى فقراء يتكففون الناس فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم أخبر عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا فى آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة فى أعمالنا والوصية تصرف فى ثلث المال فى آخر العمر زيادة فى العمل فكانت مشروعة وأما الاجماع فان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من أحد فيكون اجماعا من الامة على ذلك والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع مع ما ان ضربا من القياس يقتضى الجواز وهو ان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث أو تداركا لما فرط فى حياته وذلك بالوصية وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العباد فاذا مست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها وبه تبين أن ملك الانسان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه الا يرى انه بقى فى قدر جهازه من الكفن والدفن وبقى فى قدر الدين الذى هو مطالب به من جهة العباد لحاجة الى ذلك كذلك ههنا وبعض الناس يقول الوصية واجبة لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عند رأسه وفى نفس الحديث ما ينفى الوجوب لان فيه تحريم ترك الايصاء عند ارادة الايصاء والواجب لا يقف وجوبه على ارادة من عليه كسائر الواجبات أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا على انه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وانه دليل على عدم الثبوت فلا يقبل وقيل انها كانت واجبة فى الابتداء للوالدين والاقربين المسلمين لقول الله تبارك وتعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين ثم نسخت واختلف فى الناسخ قال بعضهم نسخها الحديث وهو ما روى عن أبى قلابة رضى الله عنه عليه

الصلاة والسلام انه قال لا وصية لوارث والكتاب العزيز قد ينسخ بالسنة فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة وهذا من الآحاد فالجواب ان هذا الحديث متواتر غير ان التواتر ضربان تواتر من حيث الرواية وهو ان يرويه جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب وتواتر من حيث ظهور العمل به قرناً فقرناً من غير ظهور المنع والنكير عليهم في العمل به الا انهم ما رووه على التواتر لان ظهور العمل به أغناهم عن روايته وقد ظهر العمل بهذا مع ظهور القول أيضاً من الائمة بالفتوى به بلا تنازع منهم ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب العزيز به كما يجوز بالمتواتر في الرواية الا انهما يفترقان من وجه وهو ان جاحد المتواتر في الرواية يكفر وجاحد المتواتر في ظهور العمل لا يكفر لمعنى عرف في أصول الفقه وقال بعض العلماء نسختها آية المواريث وفي الحديث ما يدل عليه فانه عليه الصلاة والسلام قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وقوله كل ذي حق حقه أي كل حقه فقد أشار عليه الصلاة والسلام الى أن الميراث الذي أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية الى الميراث واذا تحول فلا يبقى له حق له في الوصية كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبلة وكالدين اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى في الذمة الاولى وكما في الحوالة الحقيقية وقال بعضهم الوصية بقيت واجبة للوالدين والاقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق والآية وان كانت عامة في المخرج لكن خص منها الوالدان والاقربون الوارثون بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث فكان الحديث مخصصا لعموم الكتاب لا ناسخاً والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ الا ان عامة أهل التأويل قالوا ان الوصية في الابتداء كانت فريضة للوالدين والاقربين المسلمين ثم نسخت بحديث أبي قلابة وقال بعضهم ان كان عليه حج أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة وان لم يكن فهي غير واجبة بل جائزة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (وأما) الكلام في الاستحباب فقد قالوا ان كان ماله قليلا وله ورثة فقراء فالافضل أن لا يوصي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضي الله تعالى عنه انك ان تركت ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالاجانب والترك يكون صلة بالاقارب فكان أولى وان كان ماله كثيراً فان كانت ورثته فقراء فالافضل أن يوصي بما دون الثلث ويترك المال لورثته لان غنية الورثة تحصل بما زاد على الثلث اذا كان المال كثيراً ولا تحصل عند قلته والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث لما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال لان اوصي بالخمس أحب الي من أن أوصي بالربع ولان أوصي بالربع أحب الي من ان أوصي بالثلث ومن أوصى بالثلث لم يترك شيئاً أي لم يترك من حقه شيأ لورثته لان الثلث حقه فاذا أوصى بالثلث فلم يترك من حقه شيأ لهم وروي عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا الخمس اقتصاد والربع جهد والثلث حيف وان كان ورثته أغنياء فالافضل الوصية بالثلث ثم الوصية بالثلث لاقاربه الذين لا يرثون أفضل من الوصية به للاجانب والوصية للقريب المعادي أفضل من الوصية للقريب الموالي لان الصدقة على المعادي تكون أقرب الى الاخلاص وأبعد عن الرياء ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام لذلك الذي اشترى عبداً فاعتقه فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك ولان الوصية للمعادي سبب لزوال العداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة فكانت أولى هذا اذا استوى الفريقان في الفضل والدين والحاجة واحدهما معادي (فاما) اذا كان الموالي منهما اعفهما واصلحهما واحوجهما فالوصية له أفضل لان الوصية له تقع اعانة على طاعة الله تبارك وتعالى

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصي والقبول من الموصى له فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له وهو ان يقع اليأس عن رده وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر وقال زفر رحمه الله الركن هو

الايجاب من الموصى فقط (وجه) قول زفر أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لان كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله وكذا ملك الموصى له (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان ليس للانسان الا ماسعى فظاهره أن لا يكون للانسان شئ بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفى الا ماخص بدليل ولان القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدى الى الاضرار به من وجهين أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر المنة والثانى أن الموصى به قد يكون شيأ يتضرر به الموصى له كالعبد الاعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك والى هذا أشار فى الاصل فقال أريت لو أوصى بعبيد عميان أيجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع فلو لزمه الملك من غير قبوله لحقه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الالزام اذ ليس للموصى ولاية الزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لان اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول كسائر الاحكام التى تلزم بالزام الشرع ابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى له انه لا يعتق عليه مالم يقبل أو يموت من غير قبول لانه لا عتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول أو بدون عدم الرد ووقوع اليأس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع اليأس عن الرد مادام حيا فلا يعتق ولو مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكا لورثة الموصى له استحسانا والقياس أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار ان شاؤا قبلوا وان شاؤا ردوا (وجه) القياس الاول أن القبول أحد ركنى العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما اذا أوجب البيع ثم مات المشترى قبل القبول أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول انه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثانى أن الموصى له فى حياته كان له القبول والرد فاذا مات تقوم ورثته مقامه (وجه) الاستحسان ان أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن (وأما) على عبارة القبول فنقول ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى له بجاريته التى ولدت من الموصى له بالنكاح انها لا تصير أم ولد له مالم يقبل الوصية أو يموت قبل القبول فاذا مات صارت أم ولد له لانه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح فتصير أم ولد له وينفسخ النكاح وان لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولاداً ثم علم بالوصية فهو بالخيار ان شاء قبل الوصية فكانت الجارية أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث وان شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له لان قبوله شرط فان قبل فقد صارت الجارية أم ولد له لانه ملكها بالقبول ومن استولد جارية غيره بالنكاح ثم ملكها تصير أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث لان عند القبول يثبت الملك من وقت موت الموصى فتبين أن الملك ثبت له فى الجارية من ذلك الوقت كما فى البيع بشرط الخيار ان عند الاجازة يثبت الحكم وهو الملك من وقت البيع كذا ههنا واذا ثبت الملك من وقت موت الموصى يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت فتبين أن الاولاد ولدوا على فراش ملك اليمين فدخلوا تحت الوصية فيملكهم بالقبول فيعتقون اذا كانوا يخرجون من الثلث وان لم يقبل الوصية كانت الجارية ملكا لورثة الموصى والاولاد ارقاء لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصى فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية لانه أضاف الثلث اليهما وقد صحت الاضافة فانصرف الى كل واحد منهما نصف الثلث فاذا رد أحدهما الوصية ارتد فى نصفه وبقى النصف الآخر لصاحبه الذى قبل كمن أقر بالف لرجلين فرد أحدهما اقراره ارتد فى نصيبه خاصة وكان للآخر نصف الاقرار كذا ههنا بخلاف ما اذا أوصى بالثلث لهذا والثلث لهذا فرد أحدهما وقبل الآخر ان كل الثلث للذى قبل الا انه اذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فاذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له واذا ثبت أن القبول ركن فى عقد الوصية

فوقت

فوقت القبول ما بعد موت الموصى ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت والقبول أو الرد يعتبر كذا الايجاب لانه جواب والجواب لا يكون الا بعد تقدم السؤال ونظيره اذا قال لامرأته اذا جاء غد فانت طالق على ألف درهم انه انما يعتبر القبول أو الرد اذا جاء غد كذا هذا فاذا كان التصرف يقع ايجابا بعد الموت يعتبر القبول بعده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته وبه تنفصل عن البيع والاجارة والهبة لان شيئاً من ذلك لا يحتمل الايجاب بعد الموت ألا ترى أنه لو أوجبها بعد الموت بطل وذكر الكرخى عليه الرحمة فى حد الوصية ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعا بعد موته أو فى مرضه الذى مات فيه فقوله ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعا بعد موته لا يشمل جميع أفراد الوصايا فانه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التى تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعاً وقوله أو فى مرضه حد مقسم وانه فاسد وكذا تبرع الانسان بماله فى مرضه الذى مات فيه من الاعتاق والهبة والمحاباة والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقة لان حكم هذه التصرفات منجز نافذ فى الحال قبل الموت وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقة الا انها تعتبر بالوصايا فى حق اعتبار الثلث فاما ان تكون وصية حقيقة فلا وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله أو ربعه وقد ذكر قدرا من ماله مشاعا أو معينا ان قدر ما يستحقه الموصى له من مال هو ماله الذى عند الموت لا ما كان عند الوصية حتى لو أوصى بثلث ماله وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ويوم مات ثلثمائة لا يستحق الموصى له الا مائة ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات ولو كان له مال يوم أوصى فمات وليس له مال بطلت وصيته وانما كان كذلك لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصى عند موته ويصير المضاف الى الوقت كالمنجز عنده كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالى فيعتبر ما يملكه فى ذلك الوقت لا ما قبله وذكر ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فقال اذا أوصى رجل فقال لفلان شاة من غنمى أو نخلة من نخلى أو جارية من جوارى ولم يقل من غنمى هذه ولا من جوارى هؤلاء ولا من نخلى هذه فان الوصية فى هذا تقع يوم موت الموصى ولا تقع يوم أوصى حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشترى مكانها أخرى أو ماتت جواريه فاشترى غيرهن أو باع النخل واشترى غيرها فان للموصى له نخلة من نخله يوم يموت وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك لما بينا ان الوصية عقد مضاف الى الموت فكانه قال فى تلك الحالة لفلان شاة من غنمى فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله قال فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصى أو ولدت الجوارى قبل موته فلحقت الاولاد الامهات ثم مات الموصى فان للورثة ان يعطوه ان شاؤا من الامهات وان شاؤا من الاولاد لان الاسم يتناول الكل عند الموت فكان المستفاد بالولادة كالمستفاد بالشراء قال فان اختار الورثة أن يعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصى فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها لان الوصية وان تعلقت بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بيانا أن الشاة المعينة هى من الموصى بها كان الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداء فما حدث من نمائها بعد الموت يكون للموصى له قال فاما ما ولدت قبل موت الموصى فلا يستحقه الموصى له لان الوصية اعتبارها عند الموت فالحادث قبل الموت يحدث على ملك الورثة وكذلك الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا فاما ان كان متصلا بها فهو للموصى له وان حدث قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتمليك قال ولو استهلكت الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصى له ملكه بملك الاصل فيكون مضمونا بالاتلاف قال ولو قال أوصيت له بشاة من غنمى هذه أو بجارية من جوارى هؤلاء أو قال قد أوصيت له باحدى جاريتى هاتين فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجوارى لانه عين الموصى به وهو الشاة من الغنم المشار اليها حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية كما لو قال أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت ولو ولدت الغنم أو الجوارى فى حال

حياة الموصى ثم أراد الورثة أن يعطوه من الاولاد ليس لهم ذلك لان الوصية تعلقت بعين مشار اليها وان لم يثبت الملك فيها ينزل فى غيرها فان دفع الورثة اليه جارية من الجوارى لم يستحق ماولدت قبل الموت لان الوصية لم تكن وجبت فيها لان الملك فى الوصية انما ينتقل بالموت فما حدث قبل الموت يحدث على ملك الميت فيكون للورثة وماولدت بعد الموت فهو للموصى له لانه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه قال فان ماتت الامهات كلها الا واحدة تعينت الوصية فيها لانه لم يبق من يزاحمها فى تعلق الوصية فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم فان ماتت الامهات كلها وقد بقى لها أولاد حدثت بعد الموت أو أحرق النخل و بقى لها ثمر حدث بعد الموت فعلى الورثة ان يدفعوا اليه ولد جارية وثمرة نخلة لان الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق فى الولد الحادث بعده فاذا هلكت الام بقى الحق فى الولد على حاله ولا يظهر فيما حدث قبل الموت والله سبحانه وتعالى عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى نفس الركن و بعضها يرجع الى الموصى و بعضها يرجع الى الموصى له و بعضها يرجع الى الموصى به (أما) الذى يرجع الى نفس الركن فهو ان يكون القبول موافقا للايجاب فان خالف الايجاب لم يصح القبول لانه اذا خالفه لم يرتبط فبقى الايجاب بلا قبول فلا يتم الركن و بيان ذلك اذا قال لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما فقبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخر لم يصح القبول لانه أوصى لهما جميعاً فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما والقبول فاذا رد أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعاً فبطلت الوصية ولو أوصى بها لانسان ثم أوصى بها لآخر فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصى و رد الآخر فالنصف للموصى له والنصف لورثة الموصى لانه أوصى لكل واحد منهما على حياله فلا يشترط اجتماعهما فى القبول فاذا رد أحدهما بعد موت الموصى لم يتم الركن فى حقه بل بطل الايجاب فى حقه فعاد نصيبه الى ورثة الموصى فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين اذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضى بالشفعة ان ذلك النصف يكون للمشترى ولا يكون للشفيع الآخر (وأما) الذى يرجع الى الموصى فأنواع منها ان يكون من أهل التبرع فى الوصية بالمال وما يتعلق به لان الوصية بذلك تبرع بايجابه بعد موته فلا بد من أهلية التبرع فلا تصح من الصبى والمجنون لانهما ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة اذ لا يقابله عوض دنيوى وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه وصية الصبى العاقل فى القرب صحيحة واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه أجاز وصية غلام يافع وهو الذى قرب ادراكه ولان فى وصيته نظراً له لانه يثاب عليه ولو لم يوص لزال ملكه الى الوارث من غير ثواب لانه يزول عنه جبراً شاء أو أبى فكان هذا تصرفا نافعاً فى حقه فأشبه صلاة التطوع وصوم التطوع والجواب اما اجازة سيدنا عمر رضى الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبى كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبى فى مثله جائزة عندنا لانه يثبت من غير وصية (وأما) قوله يحصل له عوض وهو الثواب فمسلم لكنه ليس بعوض دنيوى فلا يملكه الصبى كالصدقة مع ما أن هذا فى حد التعارض لانه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث بل هو أولى فى بعض الاموال لما بينا فيما تقدم وسواء مات قبل الادراك أو بعده لانها وقعت باطلة فلا تنقلب الى الجواز بالادراك الا بالاستئناف وسواء كان الصبى مأذوناً فى التجارة أو محجوراً لان الوصية ليست من باب التجارة اذ التجارة معاوضة المال بالمال ولو أضاف الوصية الى ما بعد الادراك بان قال اذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان لم يصح لان عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر فى ايجاب الحكم بعد الموت ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب لانهما ليسا من أهل التبرع ولو أوصيا ثم أعتقا وملكا مالا ثم ماتا لم تجز لوقوعها باطلة من الابتداء ولو أضاف أحدهما الوصية الى ما بعد العتق بان قال اذا أعتقت ثم مت فثلث مالى لفلان صح فرقا بين العبد والصبى ووجه الفرق أن عبارة الصبى فيما يتضرر به ملحقة بالعدم لنقصان عقله فلم تصح عبارته من الاصل بل بطلت والباطل لا حكم له بل هو ذاهب متلاش فى حق الحكم فاما عبارة العبد فصحيحة لصدورها عن عقل مميز الا أن امتناع تبرعه لحق المولى فاذا

عتق فقد زال المانع والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها رضا الموصى لانها ايجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كايجاب الملك بسائر الاشياء فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطئ لان هذه العوارض تفوت الرضا وأما اسلام الموصى فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذمى بالمال للمسلم والذمى فى الجملة لان الكفر لا ينافى أهلية التمليك ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته وكذا الحربى المستأمن اذا أوصى للمسلم أو الذمى يصح فى الجملة لما ذكرنا غير انه ان كان دخل وارثه معه فى دار الاسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على اجازة وارثه لانه بالدخول مستأمنا التزم أحكام الاسلام أو ألزمه من غير التزامه لامكان اجراء الاحكام عليه ما دام فى دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على اجازة وارثه وان لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما فى المسلم والذمى وكذلك اذا كان له وارث لكنه فى دار الحرب لان امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وحقهم غير معصوم لانه لا عصمة لانفسهم وأموالهم فلان لا يكون لحقهم الذى فى مال مورثهم عصمة أولى وذكر فى الاصل ولو أوصى الحربى فى دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار أو صاروا ذمة ثم اختصما الى فى تلك الوصية فان كانت قائمة بعينها أجزتها وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام أبطلتها لان الحربى من أهل التمليك ألا يرى أنه من أهل سائر التمليكات كالبيع ونحوه فكانت وصيته جائزة فى نفسها الا أنه ليس لنا ولاية اجراء أحكام الاسلام وتنفيذها فى دارهم فاذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها ما دام الموصى به قائما فاما اذا صار مستهلكا أبطلنا الوصية وألحقناها بالعدم لان أهل الحرب اذا أسلموا أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا ومنها ان لا يكون على الموصى دين مستغرق لتركته فان كان لا تصح وصيته لان الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث لقوله تبارك وتعالى فى آية المواريث من بعد وصية يوصى بها أو دين ويوصى بها أو دين وتوصون بها أو دين ويوصين بها أو دين ولما روى عن سيدنا على رضى الله تعالى عنه أنه قال انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية أشار سيدنا على رضى الله عنه الى أن الترتيب فى الذكر لا يوجب الترتيب فى الحكم وروى انه قيل لابن عباس رضى الله عنهما انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج فقال تبارك وتعالى وأتموا الحج والعمرة لله فقال رضى الله عنه كيف تقرؤن آية الدين فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين فقال وبماذا تبدؤن قالوا بالدين قال رضى الله عنه هو ذاك ولان الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أولا فان فضل منه شئ يصرف الى الوصية والميراث والا فلا (وأما) معنى تقدم الوصية على الميراث فليس معناه ان يخرج الثلث ويعزل عن التركة ويبدأ بدفعه الى الموصى له ثم يدفع الثلثان الى الورثة لان التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة والموصى له شريك الورثة فى الاستحقاق كانه واحد من الورثة لا يستحق الموصى له من الثلث شيأ أقل أو أكثر الا ويستحق منه الورثة ثلثيه ويكون فرضهما معا لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شئ من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقى بل الهالك يهلك على الحقين والباقى يبقى على الحقين كما اذا هلك شئ من المواريث بعد الوصايا بخلاف الدين فانه اذا هلك بعض التركة وبقى البعض يستوفى كل الدين من الباقى وانما معناه انه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولا لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر الى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أى سوى مالكم ان توصوه من الثلث أوصاكم الله بكذا وتكون بعد بمعنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع الى الموصى له فمنها أن يكون موجودا فان لم يكن موجودا لا تصح الوصية لان الوصية للمعدوم لا تصح وعلى هذا يخرج ما اذا قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة انها ان ولدت لما يعلم انه كان موجودا فى البطن صحت الوصية والا فلا

وانما يعلم ذلك اذا ولدت لاقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى في ظاهر الرواية وعند الطحاوى رحمه الله من وقت وجود الوصية وجه ماذكره الطحاوى رحمه الله ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الموت أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين تيقنا أنه كان موجودا اذ المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ألا يعلم وجوده فى البطن لاحتمال انها علقت بعده فلا يعلم وجوده بالشك الا اذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقها أو مات عنها زوجها فله الوصية لان نسب الولد يثبت من زوجها الى سنتين ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده فى البطن وقت موت الموصى فرق بين الوصية لما فى البطن و بين الهبة لما فى البطن أن الهبة لا تصح والوصية صحيحة لان الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد والوصية لا تقف صحتها على القبض ولو قال ان كان فى بطن فلانة جارية فلها وصية ألف وان كان فى بطنها غلام فله وصية ألفان فولدت جارية لستة أشهر الا يوما وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلهما جميع الوصية لانهما أوصى لهما جميعا لكن لاحدهما بألف وللآخر بألفين وقد علم كونهما فى البطن أما الجارية فلا شك فيها الانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى فعلم انها كانت موجودة فى البطن فى ذلك الوقت وكذا الغلام لانه لما ولد لاكثر من ستة أشهر بيوم أو بيومين علم أنه كان فى البطن مع الجارية لانه توأم فكان من ضرورة كون أحدهما فى البطن كون الآخر كذلك لانهما علقا من ماء واحد فان ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة أشهر فذلك الى الورثة يعطون أى الغلامين شاؤا وأى الجاريتين شاؤا الا أنه ما أوصى لهما جميعا وانما أوصى لاحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان البيان الى الورثة لانهم قائمون مقام المورث وقيل ان هذا الجواب على مذهب محمد رحمه الله تعالى فأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فالوصية باطلة بناء على مسئلة أخرى وهو ما اذا أوصى بثلث ماله لفلان وفلان أو أوصى بثلث ماله لاحد هذين الرجلين روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الوصية باطلة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة غير ان عند أبى يوسف الوصية لهما جميعا وعند محمد لاحدهما وخيار التعيين الى الورثة يعطون أيهما شاؤا فقاسوا هذه المسألة على تلك لان المعنى يجمعهما وهو جهالة الموصى له ومنهم من قال ههنا يجوز فى قولهم جميعا وفرق بين المسئلتين من حيث ان الجهالة هناك مقارنة للعقد وههنا طارئة لان الوصية هناك حال وجودها أضيفت الى ما فى البطن لا الى أحد الغلامين واحدى الجاريتين ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة اذا قارنت النكاح منعته من الانعقاد فاذا طرأت عليه لا ترفعه كذا ههنا ولو قال ان كان الذى فى بطن فلانة غلاما فله ألفان وان كان جارية فلها ألف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شئ من الوصية لانه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما فى البطن بقوله ان كان الذى فى بطنها كذا فله كذا وكل واحد منهما ليس هو كل ما فى البطن بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية فى كل واحد منهما فلا يستحق أحدهما شيأ بخلاف المسئلة الاولى لان قوله ان كان فى بطن فلانة جارية فلها كذا وان كان فى بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما فى البطن بل الشرط فيه أن يكون فى بطنها غلام وأن يكون فى بطنها جارية وقد كان فى بطنها غلام وجارية فوجد شرط الاستحقاق وكذلك لو أوصى بما فى بطن دابة فلان أن ينفق عليه أن الوصية جائزة اذا قبل صاحبها وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا هذا هو حكم الوصية لما فى البطن فأما حكم الاقرار بما لما فى بطن فلانة فهذا فى الاصل على وجهين (اما) ان بين السبب (واما) ان لم يبين بل أطلق فان بين السبب (فاما) ان بين سببا هو جائز الوجود (واما) ان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة فان بين سببا هو جائز الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم لانى استهلكت ماله أو غصبت أو سرقت جاز اقراره فى قولهم جميعا وان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة

على ألف درهم لانى استقرضت منه لايجوز فى قولهم جميعا لانه اسند اقراره الى سبب هو محال عادة وان لم يبين للاقرار سببا بل سكت عنه بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم ولم يزد عليه فهذا الاقرار باطل فى قولهما وعند محمد صحيح (وجه) قوله أن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب متصور الوجود فيحمل عليه تصحيحا له ولهما أن الاقرار المطلق بالدين يراد به الاقرار بسبب المداينة لانه هو السبب الموضوع لثبوت الدين وانه فى الدين ههنا محال عادة والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة ومنها أن يكون حيا وقت موت الموصى حتى لو قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى ولدا ميتاً لا وصية له لان الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كما ليس من أهل استحقاق الميراث بان ولد ميتاً وأنها أخت الميراث ولو ولدت ولدين حيا وميتاً فجميع الوصية للحى لان الميت لا يصلح محلا لوضع الوصية فيه ولهذا لو أوصى لحى وميت كان كل الوصية للحى كما لو أوصى لآدمى وحائط والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى فان كان لا تصح الوصية لما روى عن أبى قلابة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث وفى هذا حكاية وهى ما حكى أن سليمان بن الاعمش رحمه الله تعالى كان مريضاً فعاده أبو حنيفة رضى الله عنه فوجده يوصى لابنيه فقال أبو حنيفة رضى الله عنه ان هذا لا يجوز فقال ولم يا أبا حنيفة فقال لانك رويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان رحمه الله يا معشر الفقهاء أنتم الاطباء ونحن الصيادلة فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا وأشار الى تحول الحق من الوصية الى الميراث على ما بينا فيما تقدم ولانا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة وفيه ايذاء البعض وايحاشهم فيؤدى الى قطع الرحم وانه حرام وما أفضى الى الحرام فهو حرام دفعا للتناقض ثم الشرط أن لا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى لا وقت الوصية حتى لو أوصى لاخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم تصح الوصية لان الموصى له وهو الاخ صار وارث الموصى عند موته ولو أوصى لاخيه ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصى صحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته محجوبا بالابن وانما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصى لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه وارثا وقت وجودها بل هى تمليك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبة فى المرض بان وهب المريض لوارثه شيأ ثم مات أنه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة لان هبة المريض فى معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث وعلى هذا يخرج ما اذ أوصى لامرأة أجنبية وهو مريض أو صحيح ثم تزوجها أنه لا يصح ولو أقر المريض لامرأة أجنبية بدين ثم تزوجها جاز اقراره لان الوصية انما تصير ملكا عند موت الموصى فيعتبر كونها وارثة له حينئذ وهى وارثته عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية (فاما) الاقرار فاعتباره حال وجوده وهى أجنبية حال وجوده فاعتراض الزوجية بعد ذلك لا يبطله وكذا لو وهب لها هبة فى مرض موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض مرض الموت تعتبر بالوصايا ولو أوصى وهو مريض أو صحيح لابنه النصرانى صح لانه ليس بوارثه فلو أسلم الابن قبل موته بطلت وصيته لما قلنا أن اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ولو أقر المريض بدين لابنه النصرانى ثم أسلم لم يجز اقراره عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى يصح (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا فى المرأة أن الاقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الوراثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت كما قلنا فى المرأة (ولنا) أن الوراثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان قائما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها للحال لمانع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع كما فى البيع بشرط الخيار أن عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع فى الحكم من وقت وجوده لا من وقت

سقوط الخيار والجامع أن العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية الى وقت وجود ذاته فيظهر أنه أقر لوارثه فلم يصح أو يقال ان اقرار المريض لوارثه انما يرد للتهمة وسبب التهمة وقت الاقرار موجود وهو القرابة بخلاف ما اذا أقر لامرأة أجنبية ثم تزوجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار لان السبب هو الزوجية ولم تكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك وبعد وجودها لا تحتمل الاستناد فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك اقرارا لوارثه فيصح ويثبت الدين فى ذمته فلا يسقط بحدوث الزوجية وعلى التقريب الثانى لم يوجد سبب التهمة وقت الاقرار فيصح ولو كان ابنه مسلما لكنه مملوك فاوصى له ثم أعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا ان أوان اعتبار الوصية أوان الموت وهو وارثه عند الموت ولو أقر له بالدين وهو مريض أو وهب له هبة فقبضها فان لم يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عليه دين كان الاقرار والهبة لمولاه وانه أجنبى عن الموصى فجاز وان كان عليه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضى منه ديونه فتبين أن الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح أولا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الاقرار كما قلنا فى الاقرار لابنه النصرانى اذا أسلم ولو أوصى لبعض ورثته فاجاز الباقون جازت الوصية لان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشة بايثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة وفى بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته ولاجنبى فان أجاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبى وبين الوارث نصفين وان ردوا جازت فى حصة الاجنبى وبطلت فى حصة الوارث وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الى الاجنبى لان الوارث ليس بمحل للوصية فالتحقت الاضافة اليه بالعدم كما لو أوصى لحى وميت أن الوصية كلها للحى لما قلنا كذا هذا وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الاجازة جازت والباطل لا يحتمل الجواز بالاجازة وبه تبين أن الوارث محل للوصية لان التصرف المضاف الى غير محله يكون باطلا دل أنه محل وأن الاضافة اليه وقعت صحيحة الا أنها تبطل فى حصته برد الباقين واذا وقعت صحيحة فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية فى حق الوارث بالرد فبقيت فى حق الاجنبى على حالها كما لو أوصى لاجنبيين فرد أحدهما دون الآخر بخلاف المريض اذا أقر بدين لبعض ورثته ولاجنبى كما اذا اقر لهما بالف درهم والوارث مع الاجنبى تصادقا أنه لا يصح لهما الاقرار أصلا لا للوارث ولا للاجنبى لان الوصية تمليك فبطلانه فى حق أحدهما لا يوجب البطلان فى حق الآخر لانه لا يوجب الشركة والاقرار لهما بالدين اخبار عن دين مشترك بينهما فلو صح فى حق الاجنبى لكان فيه قسمة الدين قبل القبض وانها باطلة ولانه اذا كان اخبارا عن دين مشترك بينهما فالوارث يشارك الاجنبى فيما يقبض ثم تبطل حصته وفيه اقرار للوارث وأنه باطل بخلاف الوصية فان الوارث لا يشارك الاجنبى واذا بطل الاقرار أصلا تقسم التركة بين ورثة المقر فما أصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه وبين الاجنبى الى تمام الاقرار ومازاد على ذلك يكون للوارث لانهما اذا تصادقا ففى زعمهما أن هذا القدر دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا تصادقا فان تكاذبا أو أنكر الاجنبى شركة الوارث أورد الورثة اقراره فالاقرار باطل أيضاً فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما ذكرنا واذا بطل كان المال ميراثا بين ورثة المقر فما أصاب الوارث فهو له كله ولا شركة للاجنبى فيه لانه يكذبه فى ذلك وعند محمد يصح اقراره فى حق الاجنبى ويكون له خمسمائة وان كان الاجنبى يكذب الوارث والوارث يصدقه فى ذلك فالخمسمائة مما أصابه للاجنبى لانه لما صدقه الوارث فقد أقر أنه كان له على الميت خمسمائة دين وأنه مقدم على الميراث الا أنه ادعى الشركة فيه وهو يكذبه فى الشركة فكان القول قول الاجنبى ويأخذ تلك الخمسمائة كلها ولو أوصى لعبد وارثه لا يصح سواء كان على العبد دين أو لم يكن (أما) اذا لم يكن عليه دين فظاهر لان الوصية تقع لمولاه لان الملك يقع له فكانت الوصية لوارثه وان كان عليه دين فالوصية تقع لمولاه من وجه لانه اذا سقط عنه الدين يصير الموصى به للوارث وقت الوصية فكان وصية للوارث من

وجه فلا تصح الا اذا عتق قبل موت الموصى فتصح الوصية لان الوصية ايجاب الملك عند موت الموصى وهو كان حرا عند موته وكذا اذا أوصى لعبد نفسه فاعتقه قبل موته صحت وصيته له فان مات وهو عبد بطلت لان وصيته لمولاه ومولاه وارثه ولو أوصى لمكاتب وارثه لا يصح لان منفعة الوصية تحصل لوارثه فى الحال والمآل فى الحال باداء بدل الكتابة وفى المآل بالعجز ولو أوصى لمكاتب نفسه جاز لانه (اما) أن يعتق باداء بدل الكتابة فيصير أجنبيا فتجوز له الوصية (واما) أن يعجز و يرد فى الرق فيصير ميراثا لجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون فى هذه الوصية ايثار بعض الورثة على بعض فتجوز كما لو أوصى بثلث ماله لورثته (ومنها) أن لا يكون قاتل الموصى قتلا حراما على سبيل المباشرة فان كان لم تصح الوصية له عندنا و به أخذ الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية فى أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ولان الوصية تمليك وتملك والقتل لا ينافى أهلية التمليك (ولنا) ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص و يروى أنه قال ليس لقاتل شئ ذكر الشئ نكرة فى محل النفى فتعم الميراث والوصية جميعا و به تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثا وعن عبيدة السلمانى أنه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة و يروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة وهذا منه بيان لاجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام الى زمن التابعين رضى الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل وذكر محمد رحمه الله هذه الآثار فى الاصل وقال والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل ولان الورثة تتأذى بوضع الوصية فى القاتل كما يتأذى البعض بوضعها فى البعض فيؤدى الى قطع الرحم وأنه حرام ولان المجروح اذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم لئلا يزيل المورث ملكه الى غيرهم لعداوة أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظرا له لحاجته الى دفع حوائجه الاصلية وسبب ثبوت حقهم فى مرض الموت ماهو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو القرابة فكان ينبغى أن لا يملك التبرع بشئ من ماله الا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى الامر فيهما على أصل القياس ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعى الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا لحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القتل عمدا أو خطأ لان القتل الخطأ قتل وأنه جاز المؤاخذة عليه عقلا وسواء أوصى له بعد الجناية أو قبلها لان الوصية انما تقع تمليكا بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا فى عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولابويه ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا تكون الوصية لاحدهما وصية لصاحبه ولو اشترك عشرة فى قتل رجل فاوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح لان كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم فكانت وصية لقاتله فلم تصح ولو كان أحدهم عبد الموصى فأوصى لبعضهم بعد الجناية وأعتق عبده ثم مات فالوصية باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى فى قيمته (أما) بطلان الوصية فلما ذكرنا ان كل واحد منهم قاتل فكان الموصى له قاتلا فلم تصح الوصية له (وأما) صحة الاعتاق ونفاذه ففيه ضرب اشكال وهو ان الاعتاق حصل فى مرض الموت والاعتاق فى مرض الموت وصية والوصية للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغى أن لا ينفذ اعتاقه والجواب عنه من وجهين أحدهما ان الاعتاق فى مرض الموت ليس بوصية حقيقة لان الوصية تمليك والاعتاق اسقاط الملك وازالته لا الى أحد وهما متغايران بل متنافيان حقيقة وكذا الاعتاق ينجز حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق فى مرض الموت وصية حقيقة الا انه يشبه الوصية من حيث انه يعتبر من الثلث لا غير والثانى ان كان فى معنى الوصية فالوصية بالاعتاق مردودة من حيث المعنى وان كانت نافذة صورة ألا

ترى ان العبد يسعى فى قيمته والسعاية قيمة الرقبة فكانت السعاية ردا للوصية معنى والعتق بعد وقوعه وان كان لا يحتمل النقض صورة يحتمله معنى برد السعاية التى هى قيمة الرقبة ولو أوصى لعبده بالثلث ثم قتله العبد لم تصح وصيته غيرانه يعتق ويسعى فى جميع قيمته أما بطلان الوصية فلانه وصية للقاتل وأما نفاذ العتق فلان الوصية للقاتل ليست بباطلة بل هى صحيحة ألا ترى انها تقف على اجازة الورثة فى ظاهر الرواية فاذا أوصى له بثلث ماله فقد أوصى له بثلث رقبته لان رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث فلما مات الموصى ملك ثلث رقبته وتمليك ثلث رقبته منه يكون اعتاقا لثلثه عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينقض من حيث المعنى برد السعاية كما لو أعتقه نصا فى مرض موته أو أضاف العتق الى ما بعد الموت بالتدبير غيران عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقعت الوصية له بثلث الرقبة لان الاعتاق متجزئ عنده فيعتق ثلث رقبته ويسعى فى ثلثيه لانه معتق البعض ويسعى فى ذلك الثلث الذى عتق ردا للوصية معنى بالسعاية لانه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما ومتى عتق كله يسعى فى كل قيمته ردا للوصية معنى فاتفق الجواب وهو السعاية فى جميع قيمته وانما اختلف الطريق ولو أوصى للقاتل ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصى ذكر فى الاصل انه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر فى الزيادات ان على قول أبى يوسف لا يجوز وسكت عن قولهما فيدل على الجواز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لابى يوسف ما روينا عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا وصية لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام ليس لقاتل شىء من غير فصل بين حال الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع القتل ولهما ان امتناع الجواز كان لحق الورثة لانهم يتأذون بوضع الوصية فى القاتل أكثر مما يتأذى البعض بايثار البعض بالوصية ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقين فههنا أولى والدليل على ان المانع هو حق الورثة ان الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا اجاز وافقد زال المانع فجازت ولهذا جازت الوصية لبعض الورثة باجازة الباقين كذا هذا ولو كان القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان القاتل صبيا لان قتله لا يوصف بالحرمة ولهذا لم يتعلق بشىء من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية وكذا القتل تسبيبا لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف فى كتاب الفرائض وأما الاقرار للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب ويجىء جاز لان اقرار المريض مرض الموت فى معنى الوصية ألا ترى انه لا يصح لوارثه كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب ويجىء كان فى حكم الصحيح فيجوز كما لو أقر لوارثه فى هذه الحالة وكذا الهبة فى المرض فى معنى الوصية فلا تصح للقاتل وعفو المريض عن القاتل فى دم العمد جائز لقوله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم مطلقا من غير فصل بين حال المرض والصحة ولان المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة أو الغرماء وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص ليس بمال وبهذا علل فى الاصل وان كان القتل خطأ يجوز العفو من الثلث لان القتل الخطأ يوجب المال فكان عفوه بمنزلة الوصية بالمال وانها جائزة من الثلث ودلت هذه المسئلة على ان الدية كلها تجب على العاقلة ولا يجب على القاتل شىء لانه لو وجب لم يصح عفوه من الثلث فى حصة القاتل لانه يكون وصية للقاتل فى ذلك القدر ولا وصية للقاتل ولما جاز العفو ههنا من الثلث علم ان الدية لا تجب على القاتل وانما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل ثم الوصية للقاتل انما لا تجوز اذا لم تجز الورثة فان أجاز واجازت ولم يذكر فى الاصل اختلافا وذكر فى الزيادات قول أبى يوسف انها لا تجوز وان أجازت الورثة وسكت عن قول أبى حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى وجه قول أبى يوسف ان المانع من الجواز هو القتل وانه لا ينعدم بالاجازة ولهذا حرم الميراث اجازته الورثة أو لا ولانه لما قتله بغير حق صار كالحربى والوصية للحربى لا تجوز أجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل وجه ظاهر الرواية ان عدم الجواز لمكان حق الورثة لما ذكرنا فى الوصية لبعض الورثة فيجوز عند اجازتهم كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقين

بل أولى لان من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل وهو مالك ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقتها الاجازة هناك فلان تلحقها هنا أولى ومنها ان لا يكون حربيا عند مستأمن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي لان التبرع بتمليك المال اياه يكون اعانة له على الحراب وانه لايجوز وأما كونه مسلما فليس بشرط حتى لو كان ذميا فأوصى له مسلم أو ذمي جاز وكذا لو أوصى ذمي ذميا لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم أن يوصي مسلما أو ذميا كذا لهم وسواء أوصى لا هل ملته أو لغير أهل ملته لعموم الحديث ولان الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم وذا لايمنع جواز الوصية فهذا أولى وان كان مستأمنا فأوصى له مسلم أو ذمي ذكر في الاصل انه يجوز لانه في عهدنا فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا وتجوز الوصية للذمي وكذا الحربي المستأمن وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لايجوز وهذه الرواية بقول أصحابنا رحمهم الله أشبه فانهم قالوا انه لايجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية الى الحربي المستأمن لما فيه من الاعانة على الحراب ويجوز صرفها الى الذمي لانا مانهينا عن بر أهل الذمة لقوله سبحانه وتعالى لا ينها كم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم وقيل ان في التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة روايتين عن أصحابنا فالوصية له على تلك الروايتين أيضا وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد ان ينفق عليه في اصلاحه وعمارته وتجصيصه يجوز لان قصد المسلم من هذه الوصية التقرب الى الله سبحانه وتعالى باخراج ماله الى الله سبحانه وتعالى لا التمليك الى أحد ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لانه معصية ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة أو لكنيسة ان ينفق عليها في اصلاحها أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لايجوز وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة انها لاتخلو اما ان كان الموصى به أمرا هو قربة عندنا وعندهم أو كان أمرا هو قربة عندنا لا عندهم واما ان كان أمرا هو قربة عندهم لا عندنا فان كان الموصى به شيأ هو قربة عندنا وعندهم بان أوصى بثلث ماله ان يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة أو بعتق الرقاب أو بعمارة المسجد الاقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعا لان هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة وان كان شيأ هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم بان أوصى بان يحج عنه أو أوصى ان يبنى مسجد للمسلمين ولم يبين لايجوز في قولهم جميعا لانهم لايتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئا في وصيته والوصية يبطلها الهزل والهزل وان كان شيأ هو قربة عندهم لا عندنا بان أوصى بارض له تبنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لايجوز وجه قولهما ان الوصية بهذه الاشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصي لاتصح وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان المعتبر في وصيتهم ما هو قربة عندهم لا ما هو قربة حقيقة لانهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم وقد وجد ولكنا أمرنا ان لانتعرض لهم فيما يدينون كما لانتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم ولو بنى الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثا بين ورثته في قولهم جميعا على اختلاف المذهبين أما على أصلهما فظاهر لانه معصية وأما عنده فلانه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل داره وقفا ان مات صارت ميراثا كذا هذا فان قيل لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين فالجواب ان حال المسجد يخالف حال البيعة لان المسجد صار خالصا لله تبارك وتعالى وانقطعت عنه منافع المسلمين وأما البيعة فانها باقية على منافعهم فانه يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم فاشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا ولو أوصى مسلم بغلة جاريته ان تكون في نفقة المسجد ومؤنته

فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه لانه بالانهدام لم يخرج من ان يكون مسجدا وقد أوصى له بغلتها فتنفق في بنائه وعمارته والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مملوكا للموصى اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد حتى لو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية لانه اذ ذاك يكون موصيا لنفسه ولو أوصى له بشيء من رقبته بان أوصى له بثلث رقبته جاز لان الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته منه وتمليك نفس العبد منه يكون اعتاقا فيصير ثلثه مدبرا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يصير كله مدبرا لان التدبير يتجزأ عنده كالاعتاق وعندهما لا يتجزأ ولو أوصى له بثلث ماله جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته لان رقبته دخلت في الوصية لانها ماله فوقعت الوصية عليها وعلى سائر املاكه ثم ينظر ان كان ماله دراهم ودنانير ينظر الى ثلثي العبد فان كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وان كان في المال زيادة تدفع اليه الزيادة وان كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة الى الورثة وان كانت التركة عروضا لا تصير قصاصا الا بالتراضي لاختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل اليهم السعاية وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأما عندهما صار كله مدبرا فاذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فان زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا اليه فان كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها فان كان لم تجز الوصية له لان الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا تفيد الوصية وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس انه لا يصح بلا خلاف ولو أوصى لاحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يصح غير ان عند أبي يوسف رحمه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار الى الوارث يعطي أيهما شاء (وجه) قول محمد ان الايجاب وقع صحيحا لان أحدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة تمكن ازالتها ألا ترى ان الموصى لو عين أحدهما حال حياته لتعين ثم ان محمدا يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ولابي حنيفة ان الوصية تمليك عند الموت فتستدعي كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الاصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوع ولا يقام الوارث مقام الموصى في البيان لان ذلك حكم الايجاب الصحيح ولم يصح الا ان الموصى لو بين الوصية في أحدهما حال حياته صحت لان البيان انشاء الوصية لاحدهما فكان وصية مستأنفة لاحدهما عينا وانها صحيحة ولو كان له عبدان فأوصى بارفعهما لرجل وباخسهما لآخر ثم مات الموصى ثم مات أحد العبدين ولا يدرى أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله اجتمعا على أخذ الباقي أو لم يجتمعا وقال أبو يوسف رحمه الله ان اجتمعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على أخذه فلا شيء لهما وروى عن أبي يوسف انه بينهما نصفان اجتمعا أو لم يجتمعا وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون انها باطلة اذ لم يكن في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وان كان فيه ما ينبئ عن الحاجة فالوصية جائزة لانهم اذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكا منهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن ازالتها لا يصح ثم اختلف في تفسير الاحصاء قال أبو يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل ان كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل يفوض الى رأى القاضي وان كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت

الوصية ثم اذا صحت الوصية فالا فضل للوصي أن يعطي الثلث لمن يقرب اليه منهم فان جعله في واحد فما زاد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا ان يعطي اثنين منهم فصاعدا ولا يجوز أن يعطي واحدا الا نصف الوصية و بيان هذه الجملة في مسائل اذا أوصى بثلث ماله للمسلمين لم تصح لان المسلمين لا يحصون وليس في لفظ المسلمين ماينبئ عن الحاجة فوقعت الوصية تمليكا من مجهول فلم تصح ولو اوصى لفقراء المسلمين أولمساكينهم صحت الوصية لانهم وان كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبيء عن الحاجة فكانت الوصية لهم تقربا الى الله تبارك وتعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال لله تعالى عز وجل ثم الفقراء يتملكون بتمليك الله تعالى منهم والله سبحانه وتعالى عز شأنه واحد معلوم ولهذا كان ايجاب الصدقة من الله سبحانه وتعالى من الاغنياء على الفقراء صحيحا وان كانوا لا يحصون واذا صحت الوصية فلو صرف الوصي جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الا ان يعطي منهم اثنين فصاعدا ولا يجوز أن يعطي واحدا منهم الا نصف الثلث وجه قول محمد ان الفقراء اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة الا أنه أقام الدليل على ان لاثنين في باب الوصية يقومان مقام الثلاث لان الوصية أخت الميراث والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن في استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الاخوة والاخوات يقومان مقام الثلاث في نقص حق الام من الثلث الى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ما ان الجمع مأخوذ من الاجتماع وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن ولهما ان هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهي الزام المال حقا لله تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل من الحقوق المالية فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لايجاب الحق لهم فيجب الحق لله تبارك وتعالى ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد ولهذا جاز صرف ماوجب من الصدقات الواجبة بايجاب الله عز وجل الى فقير واحد وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى انما الصدقات للفقراء وقد خرج الجواب عما ذكره محمد رحمه الله على ان مراعاة معنى الجمع انما تجب عند الامكان فاما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله والله لا أتزوج النساء وقوله ان كلمت بني آدم أوان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لان ذلك مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما اذا أوصى لمواليه وله مولى واحد انه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لان هناك ما التزم المال حقا لله تعالى عز وجل بل ملكه للموالي وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء وكذلك لو أوصى لفقراء بني فلان دون أغنيائهم و بنو فلان قبيلة لا تحصى ولا يحصى فقراؤهم فالوصية جائزة لما قلنا بل أولى لانه لما صحت الوصية لفقراء المسلمين مع كثرتهم فلان تصح لفقراء القبيلة أولى فان لم يقل لفقرائهم ولكنه أوصى لبني فلان ولم يزد عليه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان فلان اباقبيلة (واما) ان لم يكن أباقبيلة بل هو رجل من الناس يعرف بأبي فلان فان كان أباقبيلة مثل تميم وأسد ووائل فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لانهم اذا كانوا يحصون فقد قصد الموصي تمليك المال منهم لا الاخراج الى الله تعالى فكان الموصى له بالثلث معلوما فتصح الوصية له كما لو أوصى لاغنياء بني فلان وهم يحصون و يدخل فيه الذكور والاناث لان الاضافة الى أب القبيلة اضافة النسبة كالاضافة الى القبيلة ألا يرى انه يصح أن يقال هذه المرأة من بني تميم كما يصح ان يقال هذا الرجل من بني تميم فيدخل فيه كل من ينتسب الى فلان ذكرا كان أو أنثى غنيا كان أو فقيرا لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان ولو كان لبني فلان موالي عتاقة يدخلون في الوصية وكذا موالي مواليهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالي الموالاة لما ذكرنا أن المراد من قوله بني فلان اذا كان فلان أباقبيلة هو القبيلة لا أبناؤه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمون اليهم والحلفاء والموالي

ينتسبون الى القبيلة و ينتمون اليهم فى العرف والشرع قال عليه الصلاة والسلام موالى القوم منهم وفى رواية موالى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم وروى انه قال فى جملة ذلك وعبيدهم منهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصار عبارة عمن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد اذا الحليف هو الذى حلف للقبيلة انه ينصرهم و يذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذى يلحق بهم من غير حلف ولو أوصى لقبيلة فلان دخل فيه الموالى لان المراد من القبيلة الذين ينسبون اليه والموالى ينسبون اليه هذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا فى الوصية لبنى فلان بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم يحصون وفلان أب خاص لهم وليس بأبى قبيلة حيث كان الثلث لبنى صلبه ولا يدخل فيه مواليه لانه ما جرى العرف هناك انهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب اليهم فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة ولهذا لا يدخل فى الوصية بنو بنيه والدليل على التفرقة بين الفصلين أن زيدا لو أعتق عبدا لا يقول المعتق أنا من بنى زيد اذا كان زيد أبا خاصا وان كان زيد أبا قبيلة يقول المعتق أنا من بنى زيد هذا هو المتعارف عندهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون لم تصح الوصية لان الوصية وقعت لهم تمليك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة لانه ليس فى لفظ الابن ما ينبئ عن الحاجة لغة فلا يصح كما لو أوصى للمسلمين انه لا يصح لجهالة الملك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا وان كان ابا نسب وهو رجل من الناس يعرف كابن أبى ليلى وابن سيرين ونحو ذلك فان كانوا كلهم ذكورا دخلوا فى الوصية لان حقيقة اسم البنين للذكور لانه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن وقد أمكن وان كانوا كلهم اناثا لا يدخل فيه واحدة منهن لان اللفظ لا يتناولهن عند انفرادهن وان كانوا ذكورا واناثا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهم الوصية للذكور دون الاناث وقال محمد عليه الرحمة يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رواه يوسف بن خالد السمتى وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه (وجه) قول محمد رحمه الله ان الذكور مع الاناث اذا اجتمعا غلب الذكور الاناث و يتناول اسم الذكور الذكور والاناث وان كان لا يتناولهن حالة الانفراد ولهذا تتناول الخطابات التى فى القرآن العظيم باسم الجمع الذكور والاناث جميعا فكذا فى الوصية ولهما اعتبار الحقيقة وهو أن البنين جمع ابن والابن اسم للذكر حقيقة وكذا البنون فلا يتناول الا الذكور ولهذا لم يتناولهن حالة الانفراد فكذا حالة الاجتماع وهكذا نقول فى خطابات القرآن العظيم ان خطاب الذكور لا يتناول الاناث بصيغته بل بدليل زائد والدليل عليه ما روى أن النساء شكون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن يارسول الله ان الله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تبارك وتعالى ان المسلمين والمسلمات الآية فلو كان خطاب الرجال يتناولهن لم يكن لشكايتهن معنى بخلاف ما اذا كان فلان أبا قبيلة أو بطن أو فخذ لان الاضافة الى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الاعيان وانما يراد بها الانساب وهى أن يكون منسوبا الى القبيلة والبطن والفخذ والذكر والانثى فى النسبة على السواء ولهذا يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن فيهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتى لا ذكر معهن فان كان لفلان بنو صلب و بنو ابن فالوصية لبنى الصلب لانهم بنوه فى الحقيقة (وأما) بنو الابن فبنو بنيه حقيقة لا بنوه وانما يسمون بنيه مجازا واطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما أمكن فان لم يكن له بنو الصلب فالوصية لبنى الابن لانهم بنوه مجازا فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة وأما أبناء البنات فلا يدخلون فى الوصية عند أبى حنيفة عليه الرحمة وذكر الخصاف عن محمد رحمه الله انهم يدخلون كابناء البنين وسنذكر المسألة ان شاء الله تعالى فان كان له ابنان لصلبه فالوصية لهما فى قولهم جميعا لان اسم الجمع فى باب الوصية يتناول الاثنين فصاعدا فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل على غيرهم وان كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث اليه لان المذكور بلفظ الجمع وليس فى الواحد معنى الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف و يرد النصف الباقى الى ورثة الموصى وان كان له ابن واحد لصلبه وابن

ابنه

ابنه فالنصف لابنه والباقى يرد على ورثة الموصى في قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما النصف لابنه وما بقى فلابن ابنه والصحيح قول أبى حنيفة لان اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والمجاز فى زمان واحد واذا صارت الحقيقة مرادة سقط المجاز وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز فى حالة واحدة وهذا غير سديد لان الحقيقة اسم للثابت المستقر فى موضعه والمجاز ما انتقل عن موضعه والشئ الواحد فى زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتا فى محله ومنتقلا عن محله ولو كان له بنات و بنوابن فلا شئ للفريقين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما هو بينهم بالسوية لان عند أبى حنيفة ولد الصلب اذا كان حيا يسقط معه ولد الولد غير ان ولد الصلب ههنا البنات على الانفراد واسم البنين لا يتناول البنات على الانفراد فلم تصح الوصية فى الفريقين جميعا وعلى أصلهما تحمل الوصية على ولد الولد اذا لم يجز أولاد الولد بالوصية و يتناولهما الاسم على الاشتراك وصاروا كالبطن الواحد فيشترك ذكورهم واناثهم ولو قال أوصيت بثلث مالى لاخوة فلان وهم ذكور وأناث فهو على الخلاف الذى ذكرنا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو للذكور دون الاناث وعند محمد رحمه الله هو بينهم بالسواء لا يزاد الذكر على الانثى والحجج على نحو ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة ولو أوصى لولد فلان فالذكر فيه والانثى سواء فى قولهم جميعا لان الولد اسم للمولود وانه يتناول الذكر والانثى ولو كانت له امرأة حامل دخل ما فى بطنها فى الوصية لان الوصية أخت الميراث لان الاستحقاق فى كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل فى الميراث فيدخل فى الوصية فان كان له بنات و بنوابن فالوصية لبناته دون بنى ابنه لان اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولاولاد الابن مجاز ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على المجاز فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوى فيه ذكورهم وأناثهم لانه تعذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالمجاز تصحيحا لكلام العاقل ولا يدخل أولاد البنات فى الوصية فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وذكر الخصاف عن محمد رحمهما الله ان ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر فى السير الكبير اذا أخذ الامان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات فصار عن محمد رحمه الله روايتان (وجه) رواية الخصاف أن الولد ينسب الى أبويه جميعا لانه ولد أبيه و ولد أمه حقيقة لانخلاقه من مائهما جميعا ثم ولد ابنه ينسب اليه فكذا ولد بنته ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها الى أبيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم للحسن رضى الله عنه ان ابنى هذا لسيد وأن الله تبارك وتعالى يصلح به بين الفئتين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للحسن والحسين رضى الله عنهما ان ابنى لسيدا كهول أهل الجنة وكذا يقال لسيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام انه من بنى آدم وان كان لا ينتسب اليه الا من قبل أمه ولابى حنيفة أن أولاد البنات ينسبون الى آبائهم لا الى أب الام قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

(وأما) قوله ان الولد ينسب الى أبيه والى أمه قلنا نعم و بنت الرجل ولده حقيقة فكان ولدها ولده حقيقة بواسطتها حتى تثبت جميع أحكام الاولاد فى حقه كما تثبت فى أولاد البنين الا أن النسب الى الامهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات الى آباء الامهات بوساطتهن ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة وأولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنهم لم تهجر نسبتهم اليها فينسبون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بواسطتها وقيل انهم خصوا بالنسبة اليه عليه الصلاة والسلام تشريفا واكراما لهم وقد روى بعض مشايخنا عن شمس الائمة الحلوانى رحمه الله فى هذا حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كل بنى بنت بنو أبيهم الا أولاد فاطمة رضى الله تعالى عنها فانهم أولادى فان لم يكن له الا ولد واحد فالثلث له سواء كان ذكرا أو أنثى لان اسم الولد يتناول الولد الواحد فما زاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع قال هشام سألت محمدا عن رجل له ابن و بنت فقال أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابنى ثم مات الموصى فكم يجعل للموصى له قال ذلك الى الورثة ان شاؤا اعطوه أقل الانصباء قلت له فان كان له ابنتان وابن قال فكذلك أيضا قلت

فان كان له ابنان و بنت أو ابنان و بنتان أو بنون و بنات فقال قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد بنى فقال يعطى الموصى له فى هذا نصيب ابن وانما كان كذلك لانه اذا قال أحد بنى وله ابن و بنت علم انه سمى الانثى ابنا لاجتماعها مع الذكر فدخلت فى الكلام فكان للورثة ان يحملوا الوصية على نصيبهما واذا كان له بنون و بنات أو ابنان و بنات فقال أحد بنى يقع على الذكور فتحمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد رحمه الله فاذا كان له بنت وابن أو ابن و بنتان أو ابن و بنات فالابن وحده لا يكون بنين والامر على ماذكره محمد لان اسم الجمع لا يتناول الواحد فلابد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم فهذا اشارة الى اعتبار حقيقة اللفظ وان الاسم يحمل على الذكور الا عند التعذر ولو أوصى ليتامى بنى فلان فان كان يتاماهم يحصون جازت الوصية لانهم اذا كانوا يحصون وقعت الوصية لهم باعيانهم لكونهم معلومين فامكن ايقاعها تمليكا منهم فصحت كما لو اوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار و يستوى فيها الغنى والفقير لان اليتيم فى اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم وهذا لا يتعرض للفقر والغنا وقال الله سبحانه وتعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما وقال عليه الصلاة والسلام ابتغوا فى أموال اليتامى خيرا كيلا تأكلها الصدقة قد سموا يتامى وان كان لهم مال فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية ومن لا فلا فان كانوا لا يحصون فالوصية جائزة وتصرف الى الفقراء منهم لانها لو صرفت الى الاغنياء لبطلت لجهالة الموصى له ولو صرفت الى الفقراء لجازت لانها وصية بالصدقة واخراج للمال الى الله تعالى والله تعالى واحد معلوم وأمكن أن تجعل الوصية للفقراء وان لم يكن فى اللفظ ماينبئ عن الحاجة لغة لكنه ينبئ عن سبب الحاجة وعما يوجب الحاجة بطريق الضرورة لان الصغر والانفراد عن الاب أعظم أسباب الحاجة اذ الصغير عاجز عن الانتفاع بماله ولا بد له ممن يقوم بايصال منافع ماله اليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستنمائه ولا بقاء للمال عادة الا بالحفظ والاستنماء وهو عاجز عن ذلك كله فيصير فى الحكم كمن انقطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار الاسم بهذه الوساطة منبئا عن الحاجة ولهذا المعنى جعل الله لليتامى سهما من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى وقال تبارك وتعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى وأراد به المحتاجين منهم دون الاغنياء واذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله ايصاء بالصدقة وكذلك اذا أوصى لزمنى بنى فلان أو لعميانهم لان الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمانة والعمى بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم لا يحصون انه لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه بطريق التمليك بجهالة الموصى لهم ولا بطريق الايصاء بالصدقة لانه ليس فى لفظ الابن ماينبئ عن الحاجة ولا مايوجب الحاجة وههنا بخلافه على ما بينا فتصح الوصية ثم اذا صحت وانصرفت الوصية الى الفقراء من اليتامى فان صرف الى اثنين منهم فصاعدا أجاز بالاجماع وان صرف جميع الثلث الى واحد فهو على الخلاف الذى ذكرنا والافضل للموصى أن يصرف الى كل من قدر منهم لانه أقرب الى العمل بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصى ولو أوصى بثلث ماله لارامل بنى فلان جازت الوصية سواء كن يحصين أو لا يحصين أما اذا كن يحصين فلا يشكل فان الوصية وقعت تمليكا منهن باعيانهن لكونهن معلومات وكذلك اذا كن لا يحصين لان فى الاسم مايدل على الحاجة لان الارملة اسم لامرأة بالغة فارقت زوجها بطلاق أو وفاة دخل بها أو لم يدخل كذا قال محمد رحمه الله وقال ابن الانبارى الارملة التى لا زوج لها من قولهم أرمل القوم فهم مرملون اذا فنى زادهم ومن فنى زاده كان محتاجا فكان فى الاسم ماينبئ عن الحاجة فتقع وصية بالصدقة واخراج المال الى الله تبارك وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم وهل يدخل فى هذه الوصية الرجال الذين فارقوا أزواجهم قال عامة العلماء رضى الله عنهم لا يدخلون وقال الشافعى رحمه الله يدخل فى كل من خرج من كرمة فلان ذكرا كان أو أنثى واليه ذهب القتبى واحتجا بقول جرير الشاعر

هذى الارامل قد قضيت حاجتها * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

أطلق اسم الارمل على الرجل (ولنا) أن حقيقة هذا الاسم للمرأة لما ذكرنا عن محمد وهو من كبار أهل اللغة روى عنه أبو عبيد وأبو العباس ثعلب وأقرانهم كما روينا عن الخليل والاصمعى وأقرانهما وقال الخليل يقال امرأة أرملة ولا يقال رجل أرمل الا فى المليح من الشعر وقال ابن الانبارى رحمه الله لا يقال رجل أرمل الا فى الشعر ونحو ذلك ولان الاسم لما كان مشتقا من قولهم أرمل القوم اذا فنى زادهم فالمرأة هى التى فنى زادها بموت زوجها لان النفقة على الزوج لا على المرأة فاذا مات فقد فنى زادها وبه تبين أن قول جرير محمول على مليح الشعر كما قال الخليل أو هو شاذ كما قال ابن الانبارى أو لازدواج الكلام قال الله سبحانه وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله سبحانه وتعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وكما قال الشاعر

فان تنكحى أنكح وأن تتأيمى * مدا الدهر مالم تنكحى أتأيم

(ومعلوم) أن الرجل لا يسمى أيما لكن أطلق عليه لازدواجه بقوله وأن تتأيمى كذا ههنا واطلاق الاسم لا ينصرف الى ما لا يذكر الا لضرورة تمليح الشعر وازدواج الكلام أو فى الشذوذ لان مطلق الاسم ينصرف الى ما تتسارع اليه الافهام والاوهام وذلك ما قلنا ولو أوصى لايامى بنى فلان فان كن يحصين جازت الوصية لما قلنا وان كن لا يحصين لا تجوز لانه ليس فى لفظ الايم ما ينبئ عن الحاجة لتجعل وصيته بالصدقة لان الايم فى اللغة اسم لامرأة جومعت فى قبلها فارقها زوجها وشرحه محمد رحمه الله قال الايم كل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو فجور ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة وليس فى هذه المعانى ما ينبئ عن الحاجة فلا يكون ايصاء بالتصدق بخلاف الوصية لارامل بنى فلان وهن لا يحصين انها جائزة لان اسم الارملة ينبئ عن الحاجة على ما بينا فجعل وصية بالصدقة ثم اذا كن يحصين حتى جازت الوصية يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة لان الاسم فى اللغة لا يتعرض لما سوى الانوثة وحلول الجماع بها فى قبلها وفراق زوجها وقال الله تبارك وتعالى وانكحوا الايامى منكم وانه يتناول الكبيرة والصغيرة حتى يجوز انكاح الصغار كما يجوز انكاح الكبار وكذا لا يتعرض للفقر والغنا لانه سبحانه وتعالى قال عز من قائل ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ولو كان متعرضا لشىء من ذلك لم يكن لقوله سبحانه وتعالى ان يكونوا فقراء معنى وهذا الذى ذكرنا ان الأيم اسم لامرأة جومعت فى قبلها فارقها زوجها قول عامة المسلمين وقال أبو القاسم الصفار البلخى وأبو الحسن الكرخى رحمهما الله ان الجماع ليس بشرط لثبوت هذا الاسم وكذا الانوثة بل يقع هذا الاسم على المدخول بها وعلى البكر ويقع على الرجل كما يقع على المرأة واحتجا بقول الشاعر

ان القبور تنكح الايامى * النسوة الارامل اليتامى

ومعلوم أن القبر يضم البكر الى نفسه كما يضم الثيب وقال الشاعر

فان تنكحى أنكح وان تتأيمى * مدا الدهر مالم تنكحى أتأيم

أى أمكث بلا زوج ما مكثت أنت بلا زوج وقال آخر

فلا تنكحن جبارة ان شرها * عليك حرام فانكحن أو تأيما

والجواب أن حقيقة اللغة ما حكينا عن نقلة اللغة وهم أهل دقائق الالفاظ فيقبل نقلهم اياها فيما وضعت له وما ورد فى استعمال بعض الفصحاء معدولا به عن تلك الحقائق فحمل على المجاز اما بطريق المقابلة والازدواج أو باعتبار بعض المعانى التى وضع لها الاسم والدليل على أن الانوثة أصل وانه لا يقع على الذكر أنه لا يدخل علامة التأنيث فيه يقال امرأة أيم ولا يقال أيمة ولو كان الاسم يتناول الذكر والانثى لفرقوا بينهما بادخال علامة التأنيث فى المرأة وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى ان ما ذكر محمد فى صفة الايم جومعت بفجور أو غير فجور مذهبهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله التى جومعت بفجور لا تدخل فى هذه الوصية لان التى جومعت بفجور بكر لا أيم عنده حتى

تزوج كما تزوج الابكار عنده ومنهم من قال هـذا قولهم جميعاً لانها أيم حقيقة لوجود الجماع الا انها تزوج كما تزوج الابكار عنده لمشاركتها الابكار عنـده فى المعنى الذى أقيم فيـه السكوت مقام الرضا نطقاً فى حقها باعتبار السكوت وهو الحياء على ماعرف فى مسائل الخلاف ولو أوصى لكل ثيب من بنى فلان ان كن يحصين صحت الوصية لما ذكرنا فى المسائل المتقدمة ويدخـل تحت هذه الوصـية كل امرأة جومعت بحلال أوحرام لهـا زوج أولم يكن لهـا زوج بلغت مبلغ النساء أولم تبلغ كذاذكرمحمد ويدخل فيه الفقيرة والغنيـة والصغيرة والـكبيرة لان اللفظ لا يتعرض لذلك وقال الله تبارك وتعالى ثيبات وأبكارا أدخل فيه الصـغار والـكبار والفقـيرات والغنيات يدل عليه انهن دخلن فيما يقابله وهو قوله سبحانه وتعالى وأبكارا فكذا فى قوله تعالى ثيبات فدل الامر على اشتراط الدخول لانه قابل الثيبات بالابكار وهن اللاتى لم يجامعن فكانت الثيبات اللاتى جومعن لتصح المقـابلة ولا تشترط مفارقتهاز وجها بخلاف الارملة لان اللغة كذا تقتضى فيتبع فيه وضع أرباب اللغة ولا يدخل فيه الرجل لان هذا الاسم لا يتناول الرجل حقيقة وان ورد فى الحديث عنه عليه الصلاة والسـلام أنه قال والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة لان ذلك اطلاق بطريق المجاز للازدواج والمقابلة وان كن لا يحصين لم تجز الوصـية لانه ليس فى الاسم ما ينبئ عن الحاجـة لما ذكرنا أنه اسم لانثى من بنات آدم عليه الصلاة والسلام جومعت وليس فى الاوصاف المذكورة فى الحد ما ينبئ عن الحاجة فلا يراد بهذه الوصية الا التمليك والمتملك مجهول فلا يصح ولو أوصى لـكل بكرمن بنى فلان يجوز اذا كن محصوات لما قلنا ويدخل فيه الصغيرة والـكبيرة الغنية والفقيرة اذ البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره كذا قال محمد رحمـه الله واطلاق هذا الاسم على الذكر فى الحديث وهو قوله عليه الصـلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام بطريق المجاز وهو المجاز بطريق المقابلة والازدواج أوكان لها حقيقة ثم غلب استعماله فى متعارف الخلق على الانثى فصار بحال لا تنصرف أوهام الناس عند اطلاقه الا الى الانثى فيحمل الحـديث على المجاز ولو كانت عذرتها زالت بالوضوء أو بالوثبة أو بذرور الدم تستحق الوصية لانها لم تجامع ومن الناس من خالف محمدا رحمه الله قالوا ان هذه أيضاً لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر والصحيح ماذكره محمد رحمه الله لما ذكرنا وذكر محمد رحمه الله أن التى زالت بكارتها بفجور لا تكون بكرا ولا تكون لها وصية وقال بعض مشايخنا منهم الفقير أبوجعفر الهندوانى رحمه الله ان هذا قولهما (فاما) عند أبى حنيفة رحمه الله فانها بكر وتستحق الوصية ومنهم من قال لا خلاف فى انها لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر حقيقة لعدم حد البكارة وانما تزوج تزوج الابكار عند أبى حنيفـة رحمه الله لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ولو أوصى لذوى قرابته أو قراباته أو لانسابه أو لا رحامه أو لذوى أرحامه هذه الالفاظ الخمسة سواء فعند أبى حنيفة الوصية بهذه الالفاظ للاقرب فالاقرب فالحاصل ان عند أبى حنيفة عليه الرحمة يعتبر فى هذه الوصية خمسة أشـياء الرحم المحرم والاقرب فالاقرب وجمع الوصيـة وهواثنان فصاعدا وان يكون سوى الوالدين والمولودين وأن يكون ممن لا يرث وعندهما يدخل فى هـذه الوصية ذوالرحم المحرم والقريب والبعيد الى أقصى أب له فى الاسلام حتى لو أوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث الى من اتصل بسيدنا على وبسـيدنا العباس رضى الله عنهما الا الى من فوقهـما من الآباء ولا خلاف فى اعتبار الاوصاف الثلاثة وهى اعتبار جمع الوصية وان لا يكون والداً ولا ولداً وان يكون ممن لا يرث (أما) الاول فلان لفظ ذوى لفظ جمع وأقل الجمع فى باب الوصية اثنان لان الوصية أخت الميراث وفى باب الميراث كذلك فان الثنتين من البنات والاخوات الحقتا بالثلاث فصاعدا فى استحقاق الثلثين وحجب الام من الثلث الى السدس على ما مر حتى لو أوصى لذوى قرابته استحق الواحد فصاعداً كل الوصية لان ذى ليس بلفظ جمع وأما الثانى فلان الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفا وحقيقـة أيضاً لان الاب أصل والولد فرعه وجزؤه والقريب من يقرب من غيره لا من نفسه فلا يتناوله اسم القريب وقال الله سـبحانه وتعالى الوصية للوالدين والاقربين عطف الاقرب على الوالد والعطف يقتضى المغايرة فى الاصل واذا لم يدخـل الوالد والولد فى

هذه

هذه الوصية فهل يدخل فيها الجد وولد الولد ذكر فى الزيادات انهما يدخلان ولم يذكر فيه خلافا وذكر الحسن ابن زياد عن أبى حنيفة رحمهم الله انهما لا يدخلان وهكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله وهو الصحيح لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد فاذا لم يدخل فيها الوالد والولد كذا الجد وولد الولد (وأما) الثالث فلما روينا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث وانما الخلاف فى موضعين أحدهما أنه يعتبر المحرم عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتبر والثانى أنه يعتبر الاقرب فالاقرب عنده وعندهما لا يعتبر (وجه) قولهما أن القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد وصار كما لو أوصى لاخوته أنه يدخل الاخوة لاب وأم والاخوة لاب والاخوة لام لكونه اسما مشتقاً من الاخوة كذا هذا والدليل عليه ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه لما نزل قوله تبارك وتعالى وأنذر عشيرتك الاقربين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشاً فخص وعم فقال يامعشر قريش انقذوا أنفسكم من النار فانى لا أملك لكم من الله تبارك وتعالى ضراً ولا نفعا يامعشر بنى قصى انقذوا أنفسكم من النار فانى لا أملك لكم من الله عز شأنه ضرا ولا نفعا وكذلك قال عليه الصلاة والسلام لبنى عبد المطلب ومعلوم أنه كان فيهم الاقرب والابعد وذو الرحم المحرم وغير المحرم فدل أن الاسم يتناول كل قريب الا أنه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر ادخال أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام فيه فتعتبر النسبة الى أقصى أب فى الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة بالاسلام والشرف به فصار الجد المسلم هو النسب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله ولابى حنيفة رحمه الله أن الوصية لما كانت باسم القرابة أو الرحم فالقرابة المطلقة هى قرابة ذى الرحم المحرم ولان معنى الاسم يتكامل بها وأما فى غيرها من الرحم غير المحرم فناقص فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره لانه لو كان حقيقة لغيره فاما أن يعتبر الاسم مشتركا أو عاما ولا سبيل الى الاشتراك لان المعنى متجانس ولا الى العموم لان المعنى متفاوت فتعين أن يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره مجازا بخلاف الوصية لاخوته لان مأخذ الاسم وهو الاخوة لا يتفاوت فكان اسما عاما فيتناول الكل وههنا بخلافه على ما بينا ولان المقصود من هذه الوصية هو صلة القرابة وهذه القرابة هى واجبة الوصل محرمة القطع لا تلك والظاهر من حال المسلم الدين المسارعة الى اقامة الواجب فيحمل مطلق اللفظ عليه بخلاف ما اذا أوصى لاخوته لان قرابة الاخوة واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف جهاتها فهو الفرق بين الفصلين وجواب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على زعمهما كان يستقيم فى زمانهما لان أقصى أب الاسلام كان قريبا يصل اليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء فكان الموصى له معلوما فاما فى زماننا فلا يستقيم لان عهد الاسلام قد طال فتقع الوصية لقوم مجهولين فلا تصح الا أن نقول انه يصرف الى أولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه والى أولاد أمه وأولاد جدته وجدة أمه لان هذا القدر قد يكون معلوما فيصرف اليهم فاما الزيادة على ذلك فلا والله سبحانه وتعالى أعلم فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثته بان مات وترك ابنا وعمين وخالين فالوصية للعمين لا للخالين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمان أقرب اليه من الخالين فكانا أولى بالوصية وعندهما الوصية تكون بين العمين والخالين أرباعا لان القريب والبعيد سواء عندهما ولو كان له عم واحد وخالان فللعم نصف الثلث وللخالين النصف الآخر لان الوصية حصلت باسم الجمع وأقل من يدخل تحت اسم الجمع فى الوصية اثنان فلا يستحق العم الواحد أكثر من نصف الوصية لان أقل من ينضم اليه مثله واذا استحق هو النصف بقى النصف الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين فكان لهما وعندهما يقسم الثلث بينهم أثلاثا لاستواء الكل فى الاستحقاق فان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذوى الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف يرد على ورثة الموصى عنده لان العم الواحد لا يستحق أكثر من النصف فبقى النصف الآخر لا مستحق له فتبطل فيه الوصية وعندهما يصرف النصف الآخر الى ذى الرحم الذى ليس بمحرم ولو أوصى لاهل بيته يدخل فيه من جمعه آباؤهم أقصى أب فى الاسلام حتى ان الموصى لو كان علويا يدخل فى هذه الوصية كل من ينسب الى سيدنا على رضى الله

عنه من قبل الاب وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب الى العباس رضى الله عنه من قبل الاب سواء كان بنفسه ذكرا أو أنثى بعد ان كانت نسبته اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الام لان المراد من أهل البيت أهل بيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آباؤهم قوم آخرون فلا يكون من أهل بيته ويدخل تحت الوصية لاهل بيته أبوه وجده اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان أبوه ومن ينسب الى بيته فلاب أصل البيت فيدخل في الوصية ولا يدخل في الوصية بالقرابة لان القرابة من تقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد في اب وكذلك لو أوصى لنسبه أو حسبه فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له في الاسلام حتى لو كان آباؤه على غير دينه دخلوا في الوصية لان النسب عبارة عمن ينسب الى الاب دون الام وكذلك الحسب فان الهاشمى اذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه فثبت أن النسب والحسب يختص بالاب دون الام وكذلك اذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الاب لان الانسان يتجنس بأبيه ولا يتجنس بأمه فكان المراد منه جنسه في النسب وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس وذكر المعلى عن أبى يوسف اذا أوصى لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام والجنس واللحمة من قبل الاب لان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره وهذا المعنى يوجد في الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا وكذلك الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لاهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الام في هذه الوصية ولو أوصى لاهل فلان فالوصية لزوجة فلان خاصة في قول أبى حنيفة وعندهما هذا على جميع من يعولهم فلان ممن تضمه نفقته من الاحرار فيدخل فيه زوجته واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيرا قد اعتزل عنه أو كان بنتا قد تزوجت فليس من أهله ولا يدخل فيه مماليكه ولا وارث الموصى ولا الموصى لاهله (وجه) قولهما أن الاهل عبارة عمن ينفق عليه قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه سيدنا نوح عليه الصلاة والسلام ان ابنى من أهلى وقال تبارك وتعالى في قصة لوط عليه الصلاة والسلام فنجيناه وأهله ولابى حنيفة رحمه الله ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل و يراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك ولا يدخل فيه المماليك لانهم لا يسمون أهل المولى ولا يدخل فيه وارث الموصى لانه ان خرج منه لا يدخل فعند الاطلاق أولى ولا يدخل فلان الذى أوصى لاهله لان الوصية وقعت للمضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه فلا يدخل في الوصية كما لو أوصى لولد فلان ان فلانا لا يدخل في الوصية لما قلنا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بثلث ماله لاخوته وله ست اخوة متفرقة وله أولاد يحوزون ميراثه فالثلث بين اخوته سواء لانهم في استحقاق الاسم سواء بخلاف الوصية لاقرباء فلان انه يصرف الى الاقرب فالاقرب عند أبى حنيفة لان القرابة تحتمل التفاوت في القرب والبعد وأما الاخوة فلا تحتمل التفاوت ألا ترى انه يقال هذا أقرب من فلان ولا يقال هذا أكثر اخوة من فلان هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه فان لم يكن فلا شئ للاخوة من الاب والام والاخوة من الام لانهم ورثة ولا وصية لوارث وللاخوة من قبل الاب ثلث ذلك الثلث لانهم لا يرثون ولا يقال اذا لم تصح الوصية للاخوة لاب وأم وللاخوة لام ينبغى ان يصرف كل الثلث الى الاخوة للاب لانا نقول نعم هكذا ولم تصح الاضافة الى الاخوة لاب وأم والى الاخوة لام والاضافة اليهم وقعت صحيحة بدليل انه لو أجازت الورثة جازت الوصية لهم وصار هذا كرجل أوصى بثلث ماله لثلاثة نفر فمات اثنان منهم قبل موت الموصى فللباقى منهم ثلث الثلث لان الاضافة اليهم وقعت صحيحة كذا هذا بخلاف ما اذا أوصى لفلان وفلان وأحدهما ميت لان هناك الاضافة لم تصح لان الميت ليس بمحل للوصية أصلا فلم يدخل تحت الاضافة قال أبو يوسف رحمه الله في رجل أوصى بثلث ماله في الصلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو اخت يوضع الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة أشهر لان الصلة يراد بها صلة الرحم فكانه نص عليه ومن ولد منهم لاقل من ستة أشهر علم انه كان موجودا يوم موت الموصى فيدخل في الوصية وذكر محمد رحمه

الله في الزيادات اذا أوصى بثلث ماله لاختانه ثم مات فالاختان أزواج البنات والاخوات والعمات والخالات فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصى فزوجها من أختانه وكل ذى رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضا من أختانه ولا يكون الاختان الا أزواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذى الرحم المحرم ولا يكون من الاختان من كان من قبل نساء الموصى أى زوجاته لان من ينسب الى الزوجة فهو صهر وليس بختن على مانذكر ان شاء الله تعالى وقول محمد رحمه الله حجة فى اللغة وذكر محمد رحمه الله فى الاملاء أيضا اذا قال قد أوصيت لاختانى فاختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج فان كانت له أخت وبنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أب فكلهم جميعا أختان والثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سواء أم الزوج وأختانه وغير ذلك فيه سواء على ما بينا فقد نص محمد رحمه الله فى موضعين على ان الاختان ماذكر وقول محمد حجة فى اللغة وقال فى الاملاء اذا قال أوصيت بثلث مالى لاصهارى فهو على كل ذى رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه فهؤلاء كلهم أصهاره ولا تدخل فى ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا امرأة أخيه وقول محمد رحمه الله حجة فى اللغة والدليل أيضا على ان الاصهار من كان من أهل الزوجة ماروى انه عليه الصلاة والسلام لما أعتق صفية وتزوجها اعتق من ملك ذا رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهاره عليه الصلاة والسلام وقال فى الاملاء قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا أوصى فقال ثلث مالى لجيرانى فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا او رجالا ذمة كانوا او مسلمين بالسوية قربت الابواب او بعدت اذا كانوا ملاصقين للدار وعندهما الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم ابو حنيفة رضى الله عنه ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد او جماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه فى كلام الناس وقال فى الزيادات عن أبى حنيفة رضى الله عنه اذا اوصى لجيرانه فقياسه ان يكون للملاصقين وقول أبى حنيفة عليه الرحمة ينبغى ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التى تجب لاجلها الشفعة ومن كان منهم له دار فى تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه قال محمد رحمه الله فاما أنا فاستحسن ان أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ولمن يجمعه مسجد تلك المحلة التى فيها الموصى من الملاصقين وغيرهم السكان ممن فى تلك المحلة وغيرهم سواء فى الوصية الاقربون والابعدون والكافر والمسلم والصبى والمرأة فى ذلك سواء وليس للمماليك والمدبرين وأمهات الاولاد فى ذلك شئ (وأما) المكاتبون فهم فى الوصية اذا كانوا سكانا فى المحلة (وجه) قولهما ان اسم الجار كما يقع على الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهما مسجد واحد فان كل واحد منهما يسمى جارا وقال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد (وروى) ان سيدنا عليا رضى الله عنه فسر ذلك فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد ولان مقصود الموصى من الوصية للجار هو البر به والاحسان اليه وانه لا يختص بالملاصق ولابى حنيفة رحمه الله ان الجوار المطلق ينصرف الى الحقيقة وهى الاتصال بين الملكين بلا حائل بينهما هو حقيقة المجاورة فاما مع الحائل فلا يكون مجاورا حقيقة ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل لانه ليس بجار حقيقة (ومطلق) الاسم محمول على الحقيقة ولان الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر انه أراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه واذا كان كذلك فتنصرف الوصية الى الجيران الملاصقين الا انه لا بد من السكنى فى الملك الملاصق لملك الموصى فاذا وجد ذلك صار كانه جار له فيستحق الوصية والمذكور فى الحديث جار المسجد وجار المسجد فسره على رضى الله تعالى عنه فاذا أوصى لموالى فلان وهو أبو فخذ أو قبيلة أو لبنى فلان فانه يصير كانه قال لموالى قبيلة فلان ولبنى قبيلة فلان ويريد به المنتسبين اليهم بالنسب والمنتمين اليهم بالولاء هذا هو المتعارف بين أهل اللسان ومطلق الكلام ينصرف اليه ويصير كالمنطوق بما هو المتعارف عندهم ولو قال نص هذا ثبت المال للمنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمين اليهم بالولاء كان الجواب ماقلنا كذا ههنا بخلاف ما اذا لم يكن فلان أبا فخذ او قبيلة

فان هناك لا عرف فعمل بحقيقة اللفظ ولا يصار الى المجاز الا بالدليل الظاهر ولا يدخل فيه مولى الموالاة لان مولى العتاقة يتقدم عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا خلاف فى انه اذا قال ثلث مالى لموالى فلان انه يدخل فى الوصية جميع من نجز اعتاقه فى صحته وفى مرضه وسواء كان أعتقه قبل الوصية أو بعدها لان نفاذ الوصية متعلق بالموت وكل من أعتقه فى المرض أو فى الصحة بعد ان نجز اعتاقه صار مولى بعد الموت فيستحق الوصية فاما المدبرون وأمهات الاولاد فهل يدخلون تحت هذه الوصية (روى) عن أبى يوسف انهم يدخلون وروى عنه رواية أخرى انهم لا يدخلون وهو قول محمد ذكره فى الجامع وجه الرواية الاولى ان تعلق نفوذ الوصية اوان الموت وهم مواليه فى ذلك الوقت فانهم يستحقون الوصية (وجه) ظاهر الرواية ان أوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت اوان عتقهم فيعتقون فى تلك الحالة ثم يصيرون مواليه بعده والوصية تناولت من كان مولى عند موته وهم فى تلك الحالة ليسوا بمواليه فلا يدخلون فى الوصية (ولو كان) قال ذلك بعد ان قال ان لم اضرب ك فانت حر فمات قبل ان يضربه عتق ودخل فى الوصية لانه عتق فى آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق عدم الضرب منه فى تلك الحالة ووقوع الياس عن حصوله من قبله فيصير مولى له ثم يعتقه الموت ثم تنفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذ الوصية ووجوبها بخلاف المسألة الاولى والله تعالى أعلم بالصواب

﴿وأما﴾ الذى يرجع الى الموصى به فانواع منها ان يكون مالا او متعلقا بالمال لان الوصية ايجاب الملك او ايجاب مايتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والاعتاق ومحل الملك هو المال فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولا حد لانهما ليسا بمال فى حق أحد ولا بجلد الميتة قبل الدباغ وكل ماليس بمال وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع (ومنها) ان يكون المال متقوما فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فانها وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة فى حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالاتلاف فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ويجوز ذلك من الذمى لانها مال متقوم فى حقهم كالخل وتجوز بالكلب المعلم لانه متقوم عندنا ألا ترى انه مضمون بالاتلاف ويجوز بيعه وهبته سواء كان المال عينا أو منفعة عند عامة العلماء حتى تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد وسكنى الدار وظهر الفرس وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لا تجوز الوصية بالمنافع (وجه) قوله ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث لان نفاذ الوصية عند الموت وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح ولان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة اذ الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما أثر فى بطلان العقد على المنفعة بعد صحته فلان يمنع من الصحة أولى لان المنع أسهل من الرفع (ولنا) انه لما ملك تمليك حال حياته بعقد الاجارة والاعارة فلان يملك بعقد الوصية أولى لانه أوسع العقود ألا ترى انها تحتمل مالا يحتمله سائر العقود من عدم المحل والخطر والجهالة ثم لما جاز تمليكها ببعض العقود فلان يجوز بهذا العقد أولى والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (وأما) قوله ان الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع وقوله ملك الرقبة عند موت الموصى مسلم لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة اذا أفرد المنفعة بالتمليك واذا لم يفرد الاول ممنوع والثانى مسلم وهنا أفرد بالتمليك فلا يتبع ملك الرقبة وهذا لان الموصى اذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصوداً بالتمليك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعاً لملك الذات بل يصير مقصودا بنفسه بخلاف الاعارة لان المعير وان جعل ملك المنفعة مقصودا بالتمليك لكن فى الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشئ للانتفاع فى حال الحياة عادة لا بعد الموت فينتهى العقد بالموت وأما الوصية فتمليك بعد الموت فكان قصده تمليك المنفعة بعد الموت فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت فهو الفرق ونظيره من وكل وكيلا فى حال حياته فمات الموكل ينعزل الوكيل ولو أضاف الوكالة الى ما بعد موته جاز حتى يكون وصيا بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة لانها تمليك المنفعة بغير عوض ثم الاعارة تصح مؤقتة ومطلقة عن الوقت وكذا الوصية غير انها اذا كانت

مطلقة

مطلقة فللموصى له ان ينتفع بالعين ما عاش واذا كانت مؤقتة بوقت فله ان ينتفع به الى ذلك الوقت واذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التى أوصى بمنفعتها من الثلث ولا يضم اليها قيمة وان كان الموصى به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه لان الموصى بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لفوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه والموصى لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث فاعتبر خروج العين من ثلث المال (ولهذا) لو أجل المريض مرض الموت دينا معجلا له لا يصح الا فى الثلث وان كان التأجيل لا يتضمن ابطال ملك الدين لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الاجل لم يصح الا فى قدر الثلث كذا ههنا واذا كان المعتبر خروج العين من الثلث فان خرجت من الثلث جازت الوصية فى جميع المنافع فللموصى له ان ينتفع بها فيستخدم العبد ويسكن الدار ما عاش ان كانت الوصية مطلقة عن الوقت فاذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت الى ملك صاحب العين لان الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له لانها تمليك المنفعة بغير عوض كالاعارة فتبطل بموت المالك اياه كما تبطل الاعارة بموت المستعير على ان المنافع بانفرادها لا تحتمل الارث وان كان تملكها بعوض على أصل أصحابنا رضى الله عنهم كالاجارة فلان لا يحتمل فيما هو تمليك بغير عوض أولى بخلاف ما اذا أوصى بغلة داره أو ثمرة نخله فمات الموصى له وفى النخل ثمر وكان وجب بما استغل الدار آخر ان ذلك يكون لورثة الموصى له لان ذلك عين ملكها الموصى له وتركه بالموت فيصير ميراثا لورثته وفى المنفعة لا حتى ان ما يحصل بعد موته لا يكون لورثته بل لورثة الموصى لانه لم يملكه الموصى له فلا يورث وان كانت العين لا تخرج من ثلث ماله جازت الوصية فى المنافع فى قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بان لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار تقسم المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثا ثلثها للموصى له وثلثاها للورثة فيستخدم الموصى له العبد يوما والورثة يومين وفى الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها ما دام الموصى له حيا فاذا مات ترد المنفعة الى الورثة وحكى أبو يوسف عن ابن أبى ليلى رحمهما الله انه اذا أوصى بسكنى داره لرجل وليس له مال غيرها ولم تجز الورثة ان الوصية باطلة لان الوصية لم تصح فى الثلثين والشيوع شائع فى الثلثين والشيوع يؤثر فى المنافع كما فى الاجارة (وهذا) لا يتفرع على أصل ابن أبى ليلى لان الوصية بالمنافع باطلة على أصله فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة فلا يتحقق الشيوع ولو أراد الورثة بيع الثلثين أو القسمة ليس لهم ذلك (عند) أبى حنيفة وعند أبى يوسف لهم ذلك (وجه) قول أبى يوسف ان الملك مطلق للتصرف فى الاصل وانما الامتناع لتعلق حق الغير به وحق الغير ههنا تعلق بالثلث لا بالثلثين لان الوصية تعلقت بالثلث لا غير فخلا ثلثا الدار عن تعلق حق الغير بها فكان لهم ولاية البيع والقسمة وكذا الحاجة دعت الى القسمة لتكميل المنفعة ولابى حنيفة رضى الله عنه أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع وذلك يمنع جواز البيع كما فى الاجارة فان رقبة المستأجر ملك المؤجر لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع ونفاذه بدون اجازة المستأجر كذا ههنا وكذا فى القسمة ابطال حق الموصى له هذا اذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت فان كانت مؤقتة فان كانت العين تخرج من ثلث ماله فان الموصى له ينتفع بها الى الوقت المذكور فان كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصى له سنة كاملة ثم يعود بعد ذلك الى الورثة وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصى له وبين الورثة اثلاثا يخدم العبد يوما للموصى له ويومين للورثة فيستوفى الموصى له خدمة السنة فى ثلاث سنين وان كانت العين الموصى بمنفعتها دارا يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها يتهايئان مكانا لان التهايؤ بالمكان فى الدار ممكن وفى العبد لا يمكن لاستحالة خدمة العبد بثلثه لاحدهما وبثلثيه للآخر فمست الضرورة الى المهايئات زمانا وان كان المذكور من الوقت سنة بعينها بان قال سنة كذا أو شهر كذا فان كان الموصى به خدمة العبد فان كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر وان لم يكن له مال آخر ففى العبد ينتفع به الورثة يومين

والموصى له يوما وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها على طريق المهايأة فاذا امضت تلك السنة أوذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصى له منفعة السنة أو الشهر ولو أراد أن يكمل ذلك من سنة أخرى أو من شهر آخر ليس له ذلك لان الوصية أضيفت الى تلك السنة أوذلك الشهر لا الى غيرهما ولو عين الشهر الذى هو فيه أو السنة التى هو فيها بان قال هذا الشهر أو هذه السنة ينظر ان مات بعد مضى ذلك الشهر أو تلك السنة بطلت وصيته لان الوصية نفاذها عند موته وقد مضى ذلك الشهر أو تلك السنة قبل موته فبطلت الوصية وان مات قبل أن يمضى ذلك الشهر أو السنة فان كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فيما بقى من الشهر أو السنة وان كانت لا تخرج وليس له مال آخر ففي العبد ينتفع بها الموصى له يوما والورثة يومين الى أن يمضى ذلك الشهر أو السنة وفي الدار يسكنها اثلاثا على طريق المهايأة على ما بينا ولو أوصى بخدمة عبده لانسان و برقبته لآخر أو بسكنى داره لانسان و برقبتها لآخر والرقبة تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لان المنفعة لما احتملت الافراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة والموصى له المنفعة فيستوى فيها الافراد باستيفاء الرقبة لنفسه وتمليكها من غيره فيكون أحدهما موصى له بالرقبة والآخر بالمنفعة فاذا مات الموصى ملك صاحب الرقبة الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة وكذلك اذا أوصى برقبة شجرة أو بستان لانسان و بثمرته لآخر أو برقبة أرض لرجل و بغلتها الآخر أو بأمة لرجل و بما فى بطنها لآخر لان الثمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الافراد بالوصية فلا فرق بين أن يستبقى الاصل لنفسه و بين أن يملكه من غيره على ماذكرنا فى الوصية بالمنفعة وسواء كان الموصى به موجودا وقت كلام الوصية أولم يكن موجودا عنده فالوصية جائزة الا اذا كان فى كلام الموصى ما يقتضى الوجود للحال فتصح الوصية بثلث ماله ولا مال له عند كلام الوصية وكذا تصح الوصية بغلة بستانه أو بغلة أرضه أو بغلة أشجاره أو بغلة عبده أو بسكنى داره أو بخدمة عبده وتصح الوصية بما فى بطن جاريته أو دابته و بالصوف على ظهر غنمه و باللبن فى ضرعها وثمرة بستانه وثمرة أشجاره وان لم يكن شئ من ذلك موجودا للحال (وأما) وجوده عند موت الموصى فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة (فاما) فى الثلث والعين المشار اليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله وله مال عند كلام الوصية ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية وكذلك الوصية بما فى البطن والضرع و بما على الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لو مات الموصى بطلت الوصية اذا لم يكن ذلك موجودا وقت موته وأما فى الوصية بالثمرة فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطا ولا يشترط ذلك فى الوصية بغلة الدار والعبد والحاصل ان جنس هذه الوصايا على أقسام بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصى والذى يوجد بعد موته سواء ذكر الموصى فى وصيته الابد أولم يذكر وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد و بعضها يقع على الموجود قبل الموت ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الابد أولم يذكر وهو الوصية بما فى البطن والضرع و بما على الظهر فان كان فى بطنها ولد وفى ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصى فالوصية جائزة والا فلا وفى بعضها ان ذكر لفظ الابد يقع على الموجود والحادث وان لم يذكر فان كان موجودا وقت موت الموصى يقع على الموجود ولا يقع على الحادث وان لم يكن موجودا فالقياس ان تبطل الوصية كما فى الصوف والولد واللبن وفى الاستحسان لا تبطل وتقع على ما يحدث كما لوذكر الابد وهذه الوصية بثمرة البستان والشجر انما كان كذلك لان الوصية انما تجوز فيما يجرى فيه الارث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود فى حالة الحياة والحادث من الولد وأخواته لا يجرى فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فان له نظيرا فى العقود وهو عقد المعاملة والاجارة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد يدخلان تحت عقد الاجارة والاعارة فكان لهما نظير فى العقود وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك انها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته ان ذكر الابد لان اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف فاذا ذكر الابد يتناوله وان لم يذكر الابد فان كان وقت موت

الموصى ثمرة موجودة دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتناول ما يحدث وتبطل الوصية وفي الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية (وجه) القياس ان الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن والوصية بشيء من ذلك لا يتناول الحادث كذا الثمرة (وجه) الاستحسان ان الاسم يحتمل الحادث وفي حمل الوصية عليه تصحيح العقد و يمكن تصحيحه لان له نظيرا من العقود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على على الابد يتناوله بخلاف الولد والصوف واللبن لانه عقد ما لا يحتمله فلم يكن يمكن التصحيح ولهذا لو نص على الابد لا يتناول الحادث وههنا بخلافه ولو أوصى لرجل ببستانه يوم يموت وليس له يوم أوصى بستان ثم اشترى بستانا ثم مات فالوصية جائزة لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت ألا ترى انه لو اوصى له بعين البستان وليس في ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات صحت الوصية ولو قال أوصيت الفلان بغلة بستاني ولا بستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخي عليه الرحمه ان الوصية جائزة وذكر في الاصل انها غير جائزة (وجه) رواية الاصل ان قوله بستاني يقتضي وجود البستان للحال فاذا لم يوجد لم يصح (والصحيح) ما ذكره الكرخي لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت فيستدعي وجود الموصى به عند الموت لا وقت كلام الوصية ولو أوصى لرجل بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فمات ولا غنم له فالوصية باطلة وكذلك العروض كلها لان الوصية تمليك عند الموت ولا غنم له عند الموت فان لم يكن له غنم وقت كلام الوصية ثم استفاد بعد ذلك ذكر في الاصل ان الوصية باطلة لان قوله غنمي يقتضي غنما موجودة وقت الوصية كما قلنا في البستان وعلى رواية الكرخي رحمه الله ينبغي ان يجوز لما ذكرنا في البستان وكذلك او قال أوصيت له بشاة من غنمي أو بقفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة لما قلنا ولو لم يكن له غنم ولا حنطة ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما ومثله لو قال شاة من مالي أو قفيز حنطة من مالي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية جائزة و يعطى قيمة الشاة لانه لما أضاف الى المال وعين الشاة لا توجد في المال علم انه اراد به قدر مالية الشاة وهي قيمتها ولو أوصى بشاة ولم يقل من غنمي ولا من مالي فمات وليس له غنم لم يذكر هذا الفصل في الكتاب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الوصية لان الشاة اسم للصورة والمعنى جميعا الا انا حملنا هذا الاسم على المعنى في الفصل الاول بقرينة الاضافة الى المال ولم توجد ههنا وقال بعضهم يصح لان الشاة اذا لم تكن موجودة في ماله فالظاهر انه أراد به مالية الشاة تصحيحا لتصرفه فيعطى قيمة شاة وقد ذكر في السير الكبير مسئلة تؤيد هذا القول وهي ان الامام اذا نفل سرية فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبايا فان كان في السبي جارية يعطى من قتل قتيلا وان لم يكن في السبي جارية لا يعطى شيأ ولو قال من قتل قتيلا فله جارية ولم يقل من السبي فانه يعطى من قتل قتيلا قدر مالية الجارية كذا ههنا ولا تجوز الوصية بسكنى داره أو خدمة عبده أو ظهر فرسه للمساكين في قول أبي حنيفة عليه الرحمة ولا بد من ان يكون ذلك لانسان معلوم وعندهما رحمهما الله تجوز الوصية بذلك كله للمساكين كذا ذكر الكرخي في مختصره وذكر في الاصل والوصية بسكنى الدار وخدمة العبد انها لا تجوز ولم يذكر فيها الخلاف وانما ذكره في الوصية بظهر الفرس (وجه) قولهما ان الوصية للمساكين وصية بطريق الصدقة والصدقة اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله عز وجل واحد معلوم ولهذا جازت الوصية بسائر الاعيان للمساكين فكذا بالمنافع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الموصى له بالخدمة والركوب والسكنى تلزمه النفقة على العبد والفرس والدار لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد بقاء الدين ولا يبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو اما ان تلزمه النفقة أو لا فان لم تلزمه النفقة لا يمكن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكن ايجابها على الورثة لان المؤنة لا تجب الا على من له المنفعة والمنفعة للموصى له لا للورثة ولا يمكن الاستغلال بان يستغل فينفق عليه من الغلة لان الوصية لم تقع بالغلة ولان الاستغلال يقع تبديلا للوصية وانه لا يجوز فتعذر تنفيذ هذه الوصية وان لزمه النفقة فكان هذا معاوضة معنى

لا وصية ولا صدقة والجهالة تمنع صحة المعاوضة وهذا المعنى لا يوجد في الاعيان وفي الوصية لرجل بعينه وقيل ان الوصية بظهر فرسه للمساكين أو في سبيل الله تبارك وتعالى فريعة مسئلة الوقف أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه لو جعل فرسه للمساكين وقفا في حال الحياة لا يجوز ولا تجوز الوصية به بعد الوفاة وعندهما الوجعله وقفا في حال حياته جاز فكذا اذا أوصى بعد وفاته وسواء كان الموصى به معلوما أو مجهولا فالوصية جائزة لان هذه جهالة تمكن ازالتها من جهة الموصى مادام حيا ومن جهة ورثته بعد موته فاشبهت جهالة المقر به في حال الاقرار وانها لا تمنع صحة الاقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار كذا جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية أيضا وعلى هذا مسائل بعضها يرجع الى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا التي فيها ضرب ابهام و بعضها يرجع الى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية المجهول بالحساب وهي المسائل الحسابية و بيان هذه الجملة في مسائل منها ما اذا أوصى لرجل بجزء من ماله أو بنصيب من ماله أو بطائفة من ماله أو ببعض أو بشقص من ماله فان بين في حياته شيأ والا أعطاه الورثة بعد موته ما شاؤا لان هذه الالفاظ تحتمل القليل والكثير فيصح البيان فيه مادام حيا ومن ورثته اذا مات لانهم قائمون مقامه لو أوصى بالف الا شيأ أو الا قليلا أو الا يسيرا أو زهاء ألف أو جل هذه الالف أو عظم هذا الالف وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك وزيادة وما زاد على النصف فهو الى الورثة يعطون منه ما شاؤا لان القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة فلا يكون قليلا الا و بمقابلته أكثر منه فيقتضي وجود الاكثر وهو النصف وزيادة عليه وتلك الزيادة مجهولة فيعطيه الورثة من الزيادة ما شاؤا والشيء في مثل هذا الموضع يراد به اليسير وقوله جل هذه الالف وعامة هذه الالف وعظم هذه الالف عبارات عن أكثر الالف وهو الزيادة على النصف و زهاء ألف عبارة عن القريب من الالف وأكثر الالف قريب من الالف ولو أوصى له بسهم من ماله فله مثل أخس الانصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما رحمهما الله ما لم يزد على الثلث كذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس عند أبي حنيفة وعندهما لا يزاد على الثلث فعلى رواية الاصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز و بيان هذه الجملة اذا مات الموصى وترك زوجة وابنا فللموصى له على رواية الاصل أخس سهام الورثة وهو الثمن و يزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير يعطى السدس لانه أخس سهام الورثة ولو ترك زوجة وأخا لاب وأم أو لاب فللموصى له السدس عنده لان أخس سهام الورثة الربع ههنا وهو لا يجوز الزيادة على السدس وعندهما له الربع لانه أقل سهام الورثة وانه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال وكذلك لو ماتت امرأة وتركت زوجا وابنا ولو ترك ابنين فله السدس عنده وعندهما له ثلث جميع المال وكذلك ان ترك ثلاث بنين فان ترك خمسة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما يجعل المال على ثلاثة أسهم ثم يزاد عليه سهم فيعطى أربعة اذا وان أقر بسهم من داره لانسان فله السدس عنده وعندهما البيان الى المقر وكذلك اذا أعتق سهما من عبده يعتق سدسه عنده لا غير وعندهما يعتق كله لان العتق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ (وجه) قولهما ان السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء الا انه لا يسمى سهما الا بعد القسمة فيقدر بواحد من أنصباء الورثة والاقل متيقن فيقدر به الا اذا كان يزيد ذلك على الثلث فيزاد الى الثلث لان الوصية لا جواز لها باكثر من الثلث من غير اجازة الورثة ولابي حنيفة رضي الله عنه (ماروى) عن ابن مسعود رضي الله عنه انه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس (والظاهر) ان الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا و روى عن اياس بن معاوية رضي الله عنه انه قال السهم في كلام العرب السدس الا انه يستعمل أيضا في أحد سهام الورثة والاقل متيقن به فيصرف اليه فان كان أقل منه لا يبلغ به السدس لانه يحتمل انه أراد به السدس و يحتمل انه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك

والاحتمال

والاحتمال ولو أوصى له بمائة دينار الا درهم أو بكر حنطة الا درهم أو الا مختوم شعير جاز وهو كما قال وكذلك لو قال داري هذه أو عبدي هذا الا مائة درهم جاز عن الثلث و بطل عنه قيمة مائة درهم وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الاستثناء باطل ولقب المسئلة ان استثناء المقدر من المقدر في الجنس وخلاف الجنس بعد ان كان الاستثناء مقدرا بعد ان كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة صحيح عندهما وعنده لا يصح الا في الجنس وهي من مسائل كتاب الاقرار ولو قال أوصيت لفلان ما بين العشرة والعشرين أو ما بين العشرة الى العشرين أو من العشرة الى عشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهما وكذلك لو قال ما بين المائة والمائتين أو ما بين المائة الى المائتين أو من المائة الى المائتين فله مائة وتسعة وتسعون درهما وهذا قول أبي حنيفة وعندهما له في الاول عشرون وفي الثاني مائتان وعند زفر له ثمانية عشر في الاول ومائة وثمانية وتسعون في الثاني وأصل المسألة ان الغايتين يدخلان عندهما وعند زفر رحمه الله لا يدخلان وعند أبي حنيفة عليه الرحمة تدخل الاولى دون الثانية والمسألة مرت في كتاب الطلاق ولو أوصى لفلان بعشرة دراهم في عشرة ونوى الضرب والحساب فله عشرة دراهم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له مائة درهم وقد ذكرنا المسألة في كتاب الطلاق و بمثله لو أوصى لفلان بعشرة أذرع في عشرة أذرع من داره فله مائة ذراع مكسرة (ووجه) الفرق بين المسألتين على أصل أصحابنا الثلاثة ان الضرب يراد به تكسير الاجزاء فيما يحتمل المساحة في الطول والعرض وذلك يوجد في الدار والدراهم موزونة وليس لها طول ولا عرض فلا يراد بالضرب فيها تكسير أجزائها ومعنى قوله المكسرة أي المكسرة في المساحة وهو ان يكون طولها عشرة أذرع وعرضها عشرة ولو اوصى له بثوب سبعة في أربعة فله كما قال وهو ثوب طوله سبعة أذرع وعرضه أربعة أذرع لان مفهوم هذا اللفظ في الثوب هذا فينصرف اللفظ اليه ولو قال عبدي هذا وهذا لفلان وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة ان يعطوه أيهما شاؤا لما ذكرنا ان الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن ازالتها ولو كان المورث حياً كان البيان اليه فاذا مات قام الوارث مقامه والفقه في ذلك ان الوصية تمليك بعد الموت والورثة تقوم مقامه في التمليك بخلاف ما اذا قال عبدي هذا أو هذا حر ان البيان اليه لا الى الورثة و ينقسم العتق عليهما لان ذلك ليس بتمليك بل هو اتلاف الملك وقد انقسم ذلك عليهما اذ ليس أحدهما باولى من الآخر فلا يحتمل البيان من جهة الوارث ولو أوصى له بحنطة في جوالق فله الحنطة دون الجوالق لان الموصى به الحنطة دون الجوالق والجوالق ليس من توابع الحنطة ألا يرى لو باع الحنطة في الجوالق لا يدخل فيه الجوالق و بيع الحنطة مع الجوالق ليس بمعتاد فلا يدخل في الوصية ولو أوصى له بهذا الجراب الهروي فله الجراب ومافيه لان الجراب يعد تابعا لما فيه عادة حتى يدخل في البيع فكذا في الوصية وكذا لو أوصى له بهذا الدن من الخل فله الدن والخل وكذا لو أوصى بقوصرة تمر فله القوصرة ومافيها لان الدن يعد تابعاً للخل والقوصرة للتمر ولهذا يدخل ذلك في عقد البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بالسيف فله السيف بجفنه وحمائله (وقال) أبو يوسف له النصل دون الجفن والحمائل فاصل أبي يوسف في هذا الباب انه يعتبر الاتصال والانفصال فما كان متصلا به يدخل وما كان منفصلا عنه لا يدخل والجفن والحمائل منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به ولهذا لو أوصى بدار لا يدخل ما فيها من المتاع كذا هذا والمعتبر على ظاهر الرواية التبعية والاصالة في العرف والعادة والجفن والحمائل يعدان تابعان للسيف عرفا وعادة ألا ترى انهما يدخلان في البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بسرج فله السرج وتوابعه من اللبد والرفادة والطفر والركابات واللبب في ظاهر الرواية لانه لا ينتفع بالسرج الا بهذه الاشياء فكانت من توابعه فتدخل في الوصية به وقال أبو يوسف له الدفتان والركابان واللبب ولا يكون له اللبد ولا الرفادة ولا الطفر لانها منفصلة عن السرج ولو أوصى له بمصحف وله غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنهما كذا ذكر القدوري عليه الرحمة وقال زفر رحمه الله له المصحف والغلاف أما على أصل أبي يوسف فلان الغلاف منفصل

عن المصحف فلا يدخل فى الوصية من غير تسمية وأبو حنيفة رحمه الله يقول ليس بتابع للمصحف بدليل انه لا يكره للجنب والمحدث مس المصحف بغلافه فلا يدخل وزفر يقول هو تابع للمصحف فيدخل فى الوصية ولو أوصى بميزان قال أبو يوسف له الكفتان والعمود الذى فيه الكفتان واللسان وليس له الطرازدان والصنجات (وأما) الشاهين فله الكفتان والعمود وليس له الصنجات والتخت (وقال) زفر اذا أوصى بميزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان وان أوصى له بشاهين فله التخت والصئان(١) قا بو يوسف مر على أصله ان الصنجة والطرازدان شيئان منفصلان فلا يدخلان فى الوصية الا بالتسمية وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما أن الانتفاع لا يكون الا بالجميع فصار كتوابع السرج ولو أوصى له بالقبان والقرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التى يوضع فيها المتاع فى قولهم جميعاً لان اسم القبان يشمل هذه الجملة فيستوى فيها الاتصال والانفصال ولو أوصى له بقبة فله عيدان القبة دون كسوتها لان القبة اسم للخشب لا للثياب وانما الثياب اسم للزينة ألا ترى انه يقال كسوة القبة والشىء لا يضاف الى نفسه هو الاصل وكذا الكسوة منفصلة منها على أصل من يعتبر الاتصال ولو أوصى بقبة تركية وهى ما يقال لها بالعجمية خركاه فله القبة مع الكسوة وهى اللبود لانه لا يقال لها قبة تركية الا بلبودها بخلاف القبة البلدية و يعتبر فى ذلك العرف والعادة و يختلف الجواب باختلاف العرف والعادة ولو أوصى له بحجلة فله الكسوة دون العيدان لانها اسم للكسوة فى العرف ولو أوصى بسلة زعفران فله الزعفران دون السلة هكذا ذكر فى الاصل وذكر القدورى رحمه الله ان محمداً انما أجاب فيه على عادة زمانه لان فى ذلك الوقت كان لا تباع السلة مع الزعفران بل كانت تفرد عنه فى البيع وأما الآن فالعادة ان الزعفران يباع بظروفه فيدخل فى الوصية والتعويل فى الباب على العرف والعادة ولو أوصى له بهذا العسل وهو فى زق فله العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت وما أشبه ذلك لانه أوصى له بالعسل لا بالزق والعسل يباع بدون ظرفه عادة فلا يتبعه فى الوصية والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بنصيب ابنه اوابنته لانسان فان كان له ابن أو ابنة لم يصح لان نصيب ابنه أوابنته ثابت بنص قاطع فلا يحتمل التحويل الى غيره بالوصية وان لم يكن له ابن أوابنة صحت الوصية لانها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت فكان وصية بمثل نصيب ابنه أوابنته وليس له ابن أوابنة وانها صحيحة لما نذكر وان أوصى بمثل نصيب ابنه أوابنته وله ابن اوابنة جازت لان مثل الشىء غيره لا عينه فليس فى هذه الوصية تحويل نصيب ثابت الى الموصى له بل يبقى نصيبه و يزاد عليه بمثله فيعطى الموصى له ثم ان كان أكثر من الثلث تحتاج الزيادة الى الاجازة وان كان ثلثاً أوأقل منه لا تحتاج الى الاجازة حتى لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له نصف المال ولابنه النصف لانه جعل له مثل نصيبه فيقتضى ان يكون للابن نصيب وان يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه وذلك هو النصف فكان المال بينهما نصفين كما لو كانا ابنين غير أن الزيادة على الثلث ههنا تقف على اجازة الابن ان أجاز جازت الزيادة والا فلا وان كان له ابنان فللموصى له ثلث المال لانه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما ولا يكون له مثل نصيب ابن واحد منهما الا وأن يكون المال بينهم أثلاثا ولا يحتاج ههنا الى الاجازة ولو أوصى بمثل نصيب بنته فان كان له بنت واحدة فللموصى له نصف المال ان أجازت لان نصيب البنت الواحدة النصف فكان مثل نصيبها النصف فكان له النصف ان أجازت والا فالثلث وان كان له بنتان فللموصى له ثلث المال لانه اذا كان لهما الثلثان كان لكل واحد منهما الثلث وقد جعل نصيبه مثل نصيب واحدة منهما ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه أيضا الثلث ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله نصف المال ان اجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان فللموصى له ثلث المال لانه أوصى بمثل نصيب مقدر لابن مقدر ونصيب الابن المقدر سهم فمثل نصيبه يكون سهما فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وله ثلاثة بنين وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد

النصب

النصب فالمسئلة تخرج من ثلاثة وثلاثين للموصى له بالنصيب ثمانية وللموصى له الآخر سهم ولكل واحد من البنين ثمانية أما تخريجها بطريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وزد عليه واحداً لاجل الوصية بمثل نصيب أحد البنين لان مثل الشيء غيره فنزاد عليه فيصير أربعة ثم اضرب الاربعة فى ثلاثة لاجل تنفيذ الوصية الاخرى وهى الوصية بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصب فيصير اثنى عشر ثم تطرح منها سهما واحدا لان الوصية الثانية توجب النقصان فى نصيب الورثة ونصيب الموصى له الاول شائعا فى كل المال فتنقص من كل ثلث سهما ولانك لو لم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك فاذا نقصت سهما من اثنى عشر بقى احد عشر هو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو اثنان وعشرون وجميع المال ثلاثة وثلاثون واذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الذى كان وذلك سهم واحد واضربه فى ثلاثة كما ضربت أصل المال وهو ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة كما ضربت أصل المال لانك احتجت الى ضرب أصل المال فى ثلاثة مرة أخرى حتى بلغ جميع المال ثلاثة وثلاثين فاذا ضربت ثلاثة فى ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها سهما كما طرحت من أصل المال فيبقى ثمانية فهو نصيب الموصى له بمثل النصيب ثم اعط للموصى له نصيبه وهو ثلث ما يبقى من الثلث وذلك سهم يبقى الى تمام الثلث سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين لكل واحد من البنين الثلاثة ثمانية فاستقام الحساب بحمد الله سبحانه وتعالى (وأما) تخريجها على طريق الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه النصيب وهو سهم يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك الى تنفيذ الوصية الاخرى وهو الوصية بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربعة فاذا جعلت ثلث المال أربعة اعط للموصى له بالنصيب سهما من أربعة يبقى ثلاثة فاعط للموصى له بثلث ما بقى ثلث ما بقى وذلك سهم يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك ثمانية لان ثلث المال لما كان أربعة كان ثلثاه مثليه وذلك ثمانية ومتى ضممت اثنين الى ثمانية صارت عشرة وحاجتك الى ثلاثة أسهم لا غير للبنين الثلاثة لانك قد أعطيت الموصى له بالنصيب سهما فظهر انك قد أخطأت بزيادة سبعة فزد فى النصيب لانه ظهر ان هذا الخطأ ما جاء الا من قبل نقصان النصيب فظهر أن النصيب يجب ان يكون أزيد من سهم فزد فى النصيب فاجعله سهمين فيصير الثلث خمسة فاعط الموصى له بمثل النصيب سهمين ثم اعط للموصى له الآخر سهما مما بقى يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر وحاجتك الى ستة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة ستة أسهم وكان الخطأ الاول بزيادة سبعة فانتقص بزيادة سهم فى النصيب سهم من سهام الخطأ فعلمت انك مهما زدت فى النصيب سهما ينتقص من سهام الخطأ سهم وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطأ والباقى من سهام الخطأ ستة فالذى يذهب به ستة أسهم من الخطأ ستة اسهم من النصيب فزد فى النصيب ستة أسهم فتصير ثمانية فهذا هو النصيب وبقى الى تمام الثلث ثلاثة اعط منها سهما للموصى له الآخر يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين لكل واحد من البنين ثمانية وطريقة الجامع الاصغر أو الاكبر أو الصغير أو الكبير مبنية على هذه الطريقة أما طريقة الجامع الاصغر أو الصغير فهى انه اذا تبين لك انك أخطأت مرتين وأردت معرفة الثلث فاضرب الثلث الاول فى الخطأ الثانى والثلث الثانى فى الخطأ الاول فما اجتمع فاطرح الاقل من الاكثر فما بقى فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول فى الخطأ الثانى واضرب النصيب الثانى فى الخطأ الاول ثم اطرح الاقل من الاكثر فما بقى فهو النصيب واذا عرفت هذا ففى هذه المسئلة الثلث الاول أربعة والخطأ الثانى ستة فاضرب أربعة فى ستة فتصير أربعة وعشرين والثلث الثانى خمسة والخطأ الاول سبعة فاضرب خمسة فى سبعة فتكون خمسة وثلاثين ثم اطرح أربعة وعشرين من خمسة وثلاثين فيبقى احد عشر فهو ثلث المال والنصيب الاول سهم والخطأ الثانى ستة فاضرب سهما فى ستة تكون ستة والنصيب الثانى سهمان والخطأ الاول سبعة فاضرب سهمين فى سبعة فتكون أربعة عشر واطرح الاقل وهو ستة

من الاكثر وهو أربعة عشر فيبقى ثمانية فهو النصيب (وأما) طريقة الجامع الكبير أو الاكبر فهى انه اذا ظهر لك الخطأ الاول فلا تزد فى النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب من الثلث ثم انظر فى الخطأين واعمل ما عملت فى طريقة الجامع الاصغر اذا عرفت هذا فى هذه المسئلة ظهر الخطأ الاول سبعة فضعف ما وراء النصيب من الثلث وذلك بان تزيد عليه مثله فتصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة فاعط بالنصيب سهما واعط بالوصية الاخرى ثلث الباقى وذلك سهمان يبقى أربعة ضم ذلك الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى ثلاثة فظهر الخطأ بخمسة عشر فاذا أردت معرفة الثلث فخذ الثلث الاول وذلك أربعة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك خمسة عشر فتصير ستين وخذ الثلث الثانى وذلك سبعة واضربه فى الخطأ الاول وذلك سبعة فتصير تسعة وأربعين ثم اطرح الاقل وذلك تسعة وأربعون من الاكثر وذلك ستون يبقى أحد عشر فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الاول وذلك سهم واضربه فى الخطأ الثانى وذلك خمسة عشر فتكون خمسة عشر وخذ النصيب الثانى وذلك سهم واضربه فى الخطأ الاول وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة عشر تبقى ثمانية فهو النصيب ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من احد وخمسين سهما لصاحب النصيب ثمانية أسهم ولصاحب ثلث ما بقى ثلثه ولكل ابن ثمانية (أما) تخريج المسئلة على طريق الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتفرز نصيبهم وذلك خمسة أسهم وتزيد عليه سهما آخر لاجل الموصى له بمثل النصيب لان مثل الشئ غيره فتصير ستة فاضربها فى مخرج الثلث وذلك ثلاثة لاجل وصيته بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهما واحدا لاجل الوصية بثلث ما يبقى من الثلث لانه زاد فى الوصية والزيادة فى الوصية توجب نقصانا فى نصيب الموصى له الاول وثلث ما يبقى من الثلث ثمانية لما نذكر ان شاء الله تعالى و يستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث سهم فوجب أن ينقص من هذا الثلث سهم لذلك قلنا انه يطرح من هذا الثلث سهم فيبقى سبعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثا المال مثلاه وذلك اربعة وثلاثون وجميع المال احد وخمسون وثلث المال سبعة عشر واذا أردت ان تعرف قدر النصيب فخذ النصيب وذلك سهم واضربه فى ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة لقوله ثلث ما بين من الثلث بعد النصيب فتصير تسعة ثم انقص منها واحدا لاجل الموصى له كما نقصت فى الابتداء فيبقى ثمانية فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب من ثلث المال يبقى الى تمام المال تسعة فاعط الموصى له بثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة فيبقى ستة ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين سهما فتقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثمانية مثل ما أعطيت الموصى له بمثل النصيب (واما) التخريج على طريقة الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه سهما وهو النصيب يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك الى اعطاء الموصى له الآخر ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربعة فاجعل ثلث المال أربعة فانفذ منه الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهما والآخر ثلث ما بقى وهو سهم آخر فيبقى وراءه سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك ثمانية فتصير عشرة بين البنين الخمس فتبين انك قد أخطأت بخمسة لان حاجتك الى خمسة لانك قد اعطيت للموصى له بالنصيب سهما فلا تحتاج الا الى خمسة فأزل هذا الخطأ وذلك بالزيادة فى النصيب لان هذا الخطأ انما جاء من قبل نقصان النصيب فزد فى النصيب سهما فتصير الثلث على خمسة فنفذ منها الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر بين البنين الخمس فيظهر انك أخطأت بسهمين لان حاجتك الى عشرة وكان الخطأ الاول خمسة فذهب من سهام الخطا ثلاثة فتبين أنك مهما زدت فى النصيب سهما تماما ذهب من سهام الخطا ثلاثة وأنك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطا وهو سهمان وطريقه أن تزيد على النصيب ثلثى سهم حتى يذهب الخطأ كله لان زيادة سهم تام اذا كان يذهب ثلاثة أسهم من سهام الخطا

يعلم ضرورة أن بزيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطا فيذهب بزيادة ثلثى سهم سهمان فصار النصيب سهمين وثلثى سهم وتمام الثلث وراءه ثلاثة فصار الثلث كله خمسة أسهم وثلثى سهم فانكسر فاضرب خمسة وثلثى فى ثلاثة فتصير سبعة عشر لان خمسة فى ثلاثة تكون خمسة عشر وثلثان فى ثلاثة تكون سهمين فذلك سبعة عشر فهو الثلث والثلثان مثلاذلك فتصير أحدوخمسين والنصيب سهمان وثلثاسهم مضروب فى ثلاثة فتصير ثمانية لان سهمين فى ثلاثة ستة وثلثان فى ثلثين سهمان فتصير ثمانية فذلك للموصى له بمثل النصيب بقى الى تمام الثلث تسعة فاعط للموصى له بثلث مابقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة يبقى ستة ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين لكل واحد من البنين الخمسة ثمانية (وأما) تخريجه على طريقة الجامع الاصغر وهو أنه اذا ظهر لك الخطأ فلا تزيد على النصيب شيأ ولكن اضرب الثلث الاول فى الخطا الثانى والثلث الثانى فى الخطا الاول فما بلغ فاطرح منه أقلهما من أكثرهما فما بقى فهو ثلث المال والثلث الاول ههنا كان أربعة والخطأ الثانى كان سهمين فاضرب سهمين فى أربعة فتصير ثمانية والثلث الثانى خمسة والخطأ الاول كان خمسة فاضرب خمسة فى خمسة فتصير خمسة وعشرين فاطرح الاقل من خمسة وعشرين وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر فهو ثلث المال وهكذا اعمل فى النصيب وهو أنك تضرب النصيب الاول فى الخطا الثانى والنصيب الثانى فى الخطا الاول فما بلغ فاطرح مثل أقلهما من أكثرهما فما بقى فهو النصيب والنصيب الاول سهم والخطأ الثانى سهمان فسهم فى سهمين يكون سهمين والنصيب الثانى سهمان والخطأ الاول خمسة فاضرب سهمين فى خمسة تكون عشرة ثم اطرح الاقل وهو سهمان من الاكثر وهو عشرة فيبقى ثمانية وهو النصيب والقسمة بينهم على نحو ماذكرنا واختار الحساب فى الخطأين هذه الطريقة لما فيها من اللين والسهولة لانه لو زيد على النصيب بعد ظهور الخطأين يتعين الآخر لانه قد زاد عليه من حيث الاجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج الى الضرب وفيه نوع عسر (وأما) التخريج على طريقة الجامع الاكبر فهو أنه اذا تبين لك الخطأ الاول فلا تزد على النصيب ولكن ضعف ماوراء النصيب ووراء النصيب ههنا ثلاثة فاذا ضعفت الثلاثة صارت ستة والثلث سبعة فاعط بالنصيب سهما وبثلث مابقى سهمين يبقى أربعة ضمها الى ثلثى المال وهو أربعة عشر فيصير ثمانية عشر بين البنين الخمسة وحاجتك الى خمسة فتبين أنك قد أخطأت بثلاثة عشر ثم اضرب هذا الخطأ فى الثلث الاول يصير اثنين وخمسين واضرب الخطأ الاول وهو خمسة فى الثلث الثانى وهو سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم اطرح الاقل من الاكثر فتصير سبعة عشر وفى النصيب اعمل هكذا فاضرب النصيب الاول فى الخطا الثانى فتصير ثلاثة عشر والنصيب الثانى فى الخطا الاول فتصير خمسة ثم اطرح خمسة من ثلاثة عشر فما بقى فهو النصيب وطريقة الجامع الاصغر أسهل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بربع مابقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من تسعة وستين للموصى له بمثل النصيب أحد عشر وللموصى له بربع مابقى من الثلث ثلاثة ولكل ابن أحد عشر (أما) التخريج على طريقة الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين وهو خمسة وتزيد عليها سهما لاجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم اضرب الستة فى مخرج الربع وذلك أربعة لاجل صاحب الربع فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح منها سهما لماذكرنا فيبقى ثلاثة وعشرون فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة وأربعون وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب فى أربعة ثم الاربعة فى ثلاثة فتصير اثنى عشر ثم اطرح منه سهما يبقى أحد عشر فهو للموصى له بمثل النصيب فيبقى الى تمام الثلث اثنا عشر فاعط منها ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب وذلك ثلاثة يبقى تسعة ضمها الى ثلثى المال وذلك ستة وأربعون فتصير خمسة وخمسين بين البنين الخمسة لكل واحد احد عشر فاستقام الحساب (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو أن تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه النصيب يبقى وراءه عدد له ربع وأقله خمسة فاعط بالنصيب سهما يبقى أربعة فاعط ربع مايبقى سهما يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة

عشر وحاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب صاحب النصيب فظهر أنك أخطأت بثمانية أسهم فزد فى النصيب سهما فيصير الثلث ستة فاعط بالنصيب سهمين وبربع مايبقى سهما يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثى المال وهو اثنا عشر فيصير خمسة عشر فظهر لك أنك أخطأت بخمسة لان حاجتك الى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة سهمان كما للموصى له بالنصيب الا أنه انتقص من سهام الخطأ فى هذه الكرة ثلاثة لان الخطأ الاول كان بثمانية وفى هذه الكرة بخمسة فتبين أنك مهما زدت فى النصيب سهما كاملا يذهب من سهام الخطا ثلاثة فزد ثلثى سهم على سهمين حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة أسهم وثلثى سهم ووراءه أربعة أسهم فيصير الثلث سبعة أسهم وثلثى سهم وانكسر بالاثلاث فاضرب سبعة أسهم وثلثى سهم فى ثلاثة ليزول الكسر فيصير ثلاثة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ستة وأربعون فكل المال تسعة وستون والنصيب ثلاثة وثلثان مضروبا فى ثلاثة فيكون أحد عشر والباقى الى تمام الثلث اثنا عشر ثلاثة منها وهى ربع ما بقى من كل الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع فيبقى تسعة ضمها الى ثلثى المال فيصير خمسة وخمسين لكل واحد من البنين أحد عشر والتخريج على طريقة الاصغر والاكبر على نحو ما بينا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولا خر بخمس ما بقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر ولصاحب الخمس ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) التخريج على طريقة الجشو فعلى نحو ما ذكرنا أنك تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد عليها واحدا كما فعلت فى المسائل المتقدمة فتصير ستة ثم اضرب ستة فى مخرج الخمس وهو خمسة فتصير ثلاثين ثم انقص منها واحدا للمعنى الذى ذكرنا فيبقى تسعة وعشرون فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ثمانية وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون فاذا أردت أن تعرف النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضربه فى خمسة ثم اضرب خمسة فى ثلاثة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير خمسة عشر ثم انقص منها سهما فيبقى أربعة عشر فهذا هو النصيب فأعط للموصى له بمثل النصيب يبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط للموصى له بالخمس خمس ذلك وذلك ثلاثة يبقى هناك اثنا عشر ضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية وخمسون فتصير سبعين فاقسمها بين البنين الخمسة لكل ابن اربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فعلى نحو ما بينا أنك تجعل ثلث المال عددا لو أعطينا منه نصيبا يبقى وراءه عدد له خمس وأقل ذلك ستة فتعطى منها سهما بالنصيب وسهما بخمس ما يبقى من الثلث بعد النصيب فيبقى وراءه أربعة ضمها الى ثلثى المال فتصير ستة عشر فتبين أنك أخطأت باحد عشر لان حاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد فى النصيب سهما فيصير الثلث سبعة فاعط بالنصيب سهمين ثم اعط بخمس ما بقى سهما فيبقى هناك أربعة ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر فتبين انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة ثمانية لان حاجتك الى عشرة لكل ابن سهمان كما كان للموصى له فظهر لك ان بزيادة كل سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطا وهى ثمانية أسهم فزد سهمين وثلثى سهم على سهمين فتصير أربعة أسهم وثلثى سهم وما وراءه خمسة أسهم فصار الثلث تسعة أسهم وثلثى سهم فاضرب هذه الجملة فى ثلاثة فتصير تسعة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه فتصير جملة المال سبعة وثمانين فالنصيب أربعة وثلثان مضروب فى ثلاثة فتصير أربعة عشر والباقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاخرج منها الخمس وضم الباقى الى ثلثى المال على ما علمناك وطريقتا الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الاثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وخمسين فالنصيب عشرة والاستثناء ثلاثة ولكل ابن عشرة (أما) على طريقة الجشو فهو أنك تأخذ نصيب الورثة على عددهم وذلك خمسة وتزيد عليها واحدا فتصير ستة ثم اضرب ستة فى ثلاثة لقوله الاثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها سهما لان الاستثناء من وصيته يوجب زيادة

فى نصيب الورثة وهى شائعة فى كل المال فتزيد على كل ثلث سهما كما كنت تنقص فى المسائل المتقدمة من كل ثلث سهما لان النقصان هناك ما كان لذاته لماذكرنا ولاستقامة الحساب وههنا لا يستقيم الا بالزيادة فتزاد فتصير تسعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ثمانية وثلاثون وجميع المال سبعة وخمسون واذا أردت معرفة النصيب فالنصيب كان واحدا فاضرب به فى ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة لماذكرنا فتصير تسعة ثم زد عليها واحدا كما زدت فى الابتداء فتصير عشرة فهذا هو النصيب وبقى الى تمام ثلث المال تسعة فاستثن من النصيب مقدار ثلث ما بقى وهو ثلاثة فاذا استثنيت من العشرة ثلاثة يبقى للموصى له سبعة أسهم فضم المستثنى وهو الثلاثة مع ما بقى وهو تسعة وذلك اثنا عشر الى ثلثى المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس لكل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء واما طريقة الخطائين فهى أن تجعل الثلث على عدد لو اعطيت منه نصيبا يبقى وراءه ثلاثة ولو استثنيت من النصيب ثلث ما يبقى يبقى وراءه سهم وأقل ذلك أن يجعل الثلث على خمسة أسهم فاعط للموصى له بالنصيب سهمين ثم استثن منه مثل ثلث ما يبقى وهو واحد وضمه الى ما بقى فتصير أربعة فضمها الى ثلثى المال وهو عشرة أسهم فتصير أربعة عشر سهما وحاجتك الى عشرة أسهم لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بزيادة أربعة أسهم فزد فى النصيب سهما فتصير ثلاثة وو راءه ثلاثة ثم استثن منه سهما وضمه الى ما بقى فتصير أربعة ثم ضمها الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بسهم والخطأ الاول كان باربعة فظهر ان بزيادة سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطا فتعلم أن بزيادة ثلاثة أسهم أخر يذهب ما بقى من الخطا فرد ثلثا آخر فيصير النصيب ثلاثة أسهم وثلث سهم وما بقى ثلاثة أسهم فتصير ستة أسهم وثلث سهم فاضربها فى ثلاثة فتصير تسعة عشر فهذا ثلث المال والنصيب ثلاثة وثلث سهم مضروب فى ثلاثة فيكون عشرة والاستثناء منه ثلاثة فذلك سبعة وهى للموصى له ولكل ابن عشرة فخرجت الفريضة من سبعة وخمسين هذا اذا استثنى ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فاما اذا استثنى ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب بأن أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمس الا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من خمسة وسبعين النصيب منها ثلاثة عشر والاستثناء ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) طريقة الحشو فاذكرنا أن تأخذ عدد البنين وتزيد عليه سهما فتصير ستة ثم اضرب به فى مخرج الربع وذلك اربعة فتصير أربعة وعشرين ثم زد عليها واحدا لماذكرنا فتصير خمسة وعشرين فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون هذا لمعرفة أصل المال (واما) معرفة النصيب فان كان واحدا فاضرب به فى أربعة لماذكرنا فيما تقدم فيصير أربعة ثم اضرب أربعة فى ثلاثة فتصير اثنى عشر فزد عليها واحدا لماذكرنا أيضا فتصير ثلاثه عشر هذا هو النصيب فيبقى الى تمام ثلث المال وهو خمسة وعشرون اثنا عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر فتصير خمسة عشر ثم تضمها الى ثلثى المال خمسون فتصير خمسة وستين فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب قبل الاستثناء (وأما) طريقة الخطائين فهى أن تجعل ثلث المال عددا اذا أعطيت منه النصيب يبقى وراءه أربعة واذا استثنيت من النصيب مثل ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب يبقى وراءه سهم وأقل ذلك ستة فاجعلها ثلثى المال فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثناء مثل ربع ما بقى وذلك سهم وضمه الى ما بقى فتصير خمسة ثم ضمها الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر فتبين أنك أخطأت بزيادة سبعة وان حاجتك الى العشرة لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت لصاحب النصيب لان نصيبه مثل نصيبهم فزد فى النصيب سهما فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة أسهم ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وهو سهم وضمه الى ما بقى وذلك أربعة فتصير خمسة فضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير تسعة عشر فيظهر أنك أخطأت فى

هذه الكرة بأربعة لان حاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب وتبين لك أنك مهما زدت فى النصيب سهما انتقص من سهام الخطأ ثلاثة وقد بقى من سهام الخطأ أربعة وانك تحتاج الى اذهابها فزد فى النصيب قدر ما يذهب به وهو أربعة فزد فى النصيب سهما وثلث سهم حتى تذهب به سهام الخطأ كلها فصار النصيب أربعة أسهم وثلث سهم وما بقى أربعة أسهم فتصير ثمانية أسهم وثلث سهم فاضربها فى ثلاثة فتصير خمسة وعشرين وهى ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك خمسون وجملته خمسة وسبعون والنصيب أربعة أسهم وثلث سهم مضروب فى ثلاثة فيكون ثلاثة عشر استثن منها ثلاثة فيبقى عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر يصير خمسة عشر ثم تضم الى ثلثى المال وذلك خمسون فتصير خمسة وستين واقسمه بين البنين الخمسة لكل ابن ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء والتخريج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو كان ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من تسعة وثلاثين الثلث منها ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة وتخريجها على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة ثم زد عليها سهما لاجل النصيب فتصير أربعة ثم اضرب الاربعة فى ثلاثة لان المستثنى ثلاثة فتصير اثنى عشر ثم زد واحداً فتصير ثلاثة عشر فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة وعشرون (وأما) معرفة النصيب الكامل فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم واحد واضربه فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة لمكان الثلث فتصير تسعة ثم زد عليها واحداً كما زدت فى الثلث فتصير عشرة فهو النصيب الكامل فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر فيبقى من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد وضمه الى ما بقى من الثلث فتصير أربعة فهذه الاربعة فضلت عن الوصية فضمها الى ثلثى المال وذلك ستة وعشرون فتصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت بالنصيب شيأ ثم استرجعت من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب يبقى فى يد الموصى له شىء وأقل ذلك خمسة فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لمكان الاستثناء وضمه الى ما بقى من الثلث بعد النصيب فتصير أربعة فهى فاضلة من الوصية فضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فصار أربعة عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر انك أخطأت بثمانية فزد على النصيب سهما آخر حتى اذا أعطيت بالنصيب ثلاثة يبقى بعده ماله ثلث لمكان الاستثناء فاجعل الثلث ستة فاعط النصيب ثلاثة يبقى ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك أربعة فضمها الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فصار ستة عشر وحاجتك الى تسعة لانك عطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك ثلاثة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة سبعة والخطأ الاول كان بزيادة ثمانية فتبين لك ان كل سهم زيد على الثلث يذهب سهما من الخطأ فزد سبعة على الثلث الاول وهو ستة فتصير ثلاثة عشر فهو الثلث فاعط بالنصيب عشرة يبقى الى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع سهما فصار أربعة فضمها الى ثلثى المال وهو ستة وعشرون فتصير ثلاثين على نحو ما ذكرنا وطريقة الجامع الاصغر على ما بينا وهو ان لا تزيد على النصيب عند ظهور الخطأين ولكن خذ الثلث الاول وذلك خمسة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم خذ الثلث الثانى وذلك ستة واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية يصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول بعد الاستثناء وذلك سهم واضربه فى الخطأ الثانى وذلك سبعة فتصير سبعة ثم خذ النصيب الثانى وذلك سهمان واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى تسعة فهو النصيب ثم الباقى على نحو ما ذكرنا (وأما) طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول سوى النصيب وذلك أربعة فضعفها فتصير

ثمانية ثم زد عليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثانى فاعط بالنصيب ثلاثة يبقى ستة فثلث ما بقى سهمان ثم استرجع من النصيب ثلث ما يبقى وذلك سهمان وضمهما الى ما معك وذلك ستة فتصير ثمانية فهى فاضلة عن الوصية وضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فظهر انك أخطأت بزيادة سبعة عشر فى طريقة الجامع الاكبر والخطأ الاول فى طريقة الخطائين كان بزيادة ثمانية فخذ الثلث الاول فى طريقة الخطائين وذلك خمسة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك سبعة عشر فتصير خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثانى وذلك تسعة واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير اثنين وسبعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول من طريق الخطائين وذلك سهم واضربه فى الخطأ الثانى من الجامع الاكبر وذلك سبعة عشر بسبعة عشر وخذ النصيب الثانى وذلك سهم من طريقة الجامع الاكبر واضربه فى الخطأ الاول وذلك ثمانية بثمانية واطرح الاقل من الاكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين البنين لكل واحد منهم عشرة هذا اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب (فاما) اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فاصل المسألة ما ذكرنا فى الفصل الاول الا أن فى تخريجه ضرب تفاوت (أما) على طريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وتزيد عليه واحداً ثم تضربها فى مخرج النصف وهو سهمان وانما ضربناها هذا فى سهمين والاول فى ثلاثة لان مقصود الموصى ههنا أن يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما بقى ولن يكون ذلك الا أن يكون قبل الاسترجاع معه سهمان حتى اذا استرجعت منه شيأ يكون المسترجع ثلث ما بقى ومقصوده فى المسألة الاولى الا أن يكون المستثنى بعد النصيب قبل الاسترجاع مثل ثلاثة ولن يكون ذلك الا وأن يكون معه ثلاثة قبل الاسترجاع حتى اذا استرجعت شيأ يكون المسترجع ربعه فاذا ضربت أربعة فى اثنين بلغ ثمانية ثم تزيد واحدا فتصير تسعة فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ثمانية عشر (فاما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضربه فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة فاضرب الثلاثة فى مخرج النصف وذلك سهمان فتصير ستة ثم زد عليه سهما فتصير سبعة فهو النصيب فاعط صاحب النصيب سبعة يبقى الى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهما فضمه الى ذلك فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال فيصير احدا وعشرون لكل ابن سبعة (وأما) طريقة الخطائين فهى ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه نصيباً واسترجعت منه شيأ يكون المسترجع مثل نصف وأقل ذلك أربعة ادفع للموصى له بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهماً ضمه الى ما بقى وهى اثنان وما بقى وهو سهم المال فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية فتصير احد عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك اخطأت بزيادة خمسة فزد فى النصيب سهما واعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقى فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة عشر وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر انك قد أخطأت بزيادة أربعة فظهر انك كلما زدت درهما يزول خطأ درهم فزد فى الابتداء على النصيب قدر خطأ الاول وهو خمسة فبلغ سبعة وبقى الى تمام الثلث بعد النصيب سهمان فاسترجع منه سهما وضمه مع الباقى الى ثلثى المال وهو ثمانية عشر فصار احدا وعشرين فاعط لكل ابن سبعة وللموصى له ستة هذا اذا قيد قوله الا ثلث ما يبقى من الثلث بالنصيب أو بالوصية (فاما) اذا أطلق بان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه قال محمد قال عامة الحساب يعنى المعروفين بعلم الحساب من أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنه مثل الحسن بن زياد وغيره هذا بمنزلة الفصل الاول وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وقال محمد رحمه الله هو بمنزلة الفصل الثانى وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية (وجه) قول العامة انه لما قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنى فقد أتى بوصية صحيحة واستحق ربع المال لانه جعل نصيبه مثل نصيب أحد بنيه كانه أحد بنيه فلما قال الا ثلث ما يبقى من الثلث فقد استخرج بالاستثناء بعض الوصية مطلقا وذلك

يحتمل بعد الوصية ويحتمل بعد النصيب الا أن المستخرج بالاستثناء بعد النصيب أقل والمستخرج بعد الوصية أكثر والاقل متيقن به فى استخراجه وفى استخراج الزيادة شك فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك بل تبقى الزيادة داخلة تحت المستثنى منه (وجه) قول محمد أن الاستثناء ليس باستخراج بعض الكلام لما فيه من التناقض على ما عرف فى أصول الفقه بل هو تكلم بالباقى بعد الثنيا فلم يدخل المستثنى فى صدر الكلام لانه دخل ثم خرج بكلام الاستثناء فلفظ الوصية ههنا مع الاستثناء لم يتناول الا المستثنى منه والمستثنى يحتمل الاقل والاكثر فلا يتناول اللفظ الا القدر المتيقن به وهو الاقل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من أحد وخمسين النصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر (أما) تخريجها على طريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة وتزيد عليه واحدا فيصير أربعة فاضرب أربعة فى مخرج السهم المستثنى وهو اربعة فتصير ستة عشر ثم زد سهما فتصير سبعة عشر هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه أربعة وثلاثون فجملته احد وخمسون هذا المعرفة أصل المال (وأما) معرفة النصيب فهى ان تاخذ النصيب وذلك سهم وتضرب به فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة فى مخرج السهم المستثنى وذلك أربعة فتصير اثنى عشر ثم تزيد عليه سهما فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقى الى تمام الثلث أربعة فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقى وهو سهم وضمه الى ما بقى فصار خمسة فضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فيبلغ تسعة وثلاثين فاعط لكل ابن ثلاثة عشر كما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال ستة ليبقى بعد اعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما يبقى فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وذلك سهم وضمه الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر وحاجتك الى ستة لانك اعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك أخطأت بزيادة احد عشر فزد فى النصيب سهما تصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقى الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير تسعة عشر وحاجتك الى تسعة لانك اعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر انك أخطأت بزيادة عشرة وظهر أن كل سهم زائد يزيل خطأ سهم فزد على النصيب قدر الخطأ الاول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فأعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقى وهى اربعة فضمها الى ثلثى المال وذلك اربعة وثلاثون فتصير تسعة وثلاثين كما ذكرنا ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب احدهم الا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخريج المسئلة على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة وتزيد عليها واحدا فتصير ستة ثم تضرب ستة فى مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والربع وذلك اثنا عشر فتصير اثنين وسبعين ثم تزيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثنا عشر وثلثه وربعه سبعة فتصير تسعة وسبعين فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك مائة وثمانية وخمسون (وأما) معرفة النصيب فهو ان تأخذ النصيب وذلك سهم وتضرب به فى مخرج الثلث وذلك ثلاثة فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة فى مخرج السهم المستثنى وذلك اثنا عشر فتصير ستة وثلاثة ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعة فتصير ثلاثة وأربعين فهو النصيب بقى الى تمام الثلث ستة وثلاثون وأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع مثل ثلث ما بقى وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقى وهو ستة وثلاثون فتصير سبعة وخمسين ثم ضمها الى ثلثى المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فتبلغ مائتين وخمسة عشر فاعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل ما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصى له اثنين وعشرين ولو قال الا ثلث وربع ما بقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة فتخريجها على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه واحداً فتصير ستة ثم تضرب به فى خمسة لما بينا فتصير ثلاثين ثم زد عليه مخرج الثلث والربع وذلك سبعة فتصير سبعة وثلاثين فهو الثلث والثلثان أربعة وسبعون (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضرب به فى ثلاثة ثم ثلاثة فى خمسة فصارت خمسة عشر

ثم زد عليه مثل مخرج الثلث والربع وهو سبعة فتصير اثنين وعشرين وبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فأعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقى وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقى من الثلث وهو خمسة عشر فتصير ستة وثلاثين ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وسبعون تبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع وللموصى له درهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ترك خمسة بنين وقد أوصى بمثل نصيب أحدهم وثلثى ما بقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبين أربعة عشر والباقى بعد النصيبين من الثلث ثلاثة تعطى ثلثى ما يبقى من الثلث سهمان من ذلك يبقى سهم يرد الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين وتخريجه على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد عليه بالنصيبين سهمين لان الموصى له بالنصيبين بمنزلة الابنين فكان البنين سبعة فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربها فى ثلاثة لاجل الثلث فتصير أحد وعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلثى ما يبقى من الثلث لتخريج المسألة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث واذا أردت معرفة النصيب فالوجه فيه ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما فى ثلاثة فتصير ستة لان الوصية تنفذ من الثلث ثم اضربه فى ثلاثة لاجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من الاول يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى الى تمام الثلث ثلاثة فاعط بثلثى ما يبقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال سهاما لو أعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه ثلثان وذلك خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلثى ما يبقى سهمين يبقى سهم يرد الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير أحد عشر وحاجتنا الى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فظهر انك أخطأت بزيادة ستة فزد فى ثلثى المال سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلثى ما يبقى سهمين يبقى سهم فزده الى ثلث المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتك الى عشرة لانك أعطيت بالنصيبين أربعة فيجب ان يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة خمسة والخطأ الاول كان ستة فمتى زدت سهمين ذهب به من الخطأ سهم فعلم ان كل سهم يزاد على الثلث يذهب به سهم من الخطأ فيزاد اثنا عشر على الثلث الاول وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله فتصير سبعة عشر فهو الثلث ثم الباقى الى آخره وأما على طريقة الجامع الاصغر فهو ان تأخذ الثلث الاول وهو خمسة واضرب به فى الخطأ الثانى وهو خمسة فتصير خمسة وعشرين وتأخذ الثلث الثانى وذلك سبعة وتضرب به فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير اثنين وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ النصيب الاول وذلك سهمان وتضرب به فى الخطأ الثانى وذلك خمسة فتصير عشرة ثم تضرب النصيب الثانى وذلك أربعة فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح الاقل من الاكثر فيبقى أربعة عشر فهو النصيبان (وأما) على طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول الا النصيبين وذلك ثلاثة فتصير ستة ثم زد عليه النصيبين فتصير ثمانية وهذا هو الثلث فاعط بالنصيبين سهمين فيبقى ستة وأعط ثلثى ما يبقى أربعة يبقى سهمان يرد الى ثلثى المال وذلك ستة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى خمسة لانك أعطيت بالنصيبين سهمين فيجب ان يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثانى فى الجامع الاكبر زيادة ثلاثة والخطأ الاول فى الخطأين كان زيادة ستة فخذ الثلث الاول فى الخطأين وذلك خمسة واضرب به فى الخطأ الثانى وذلك ثلاثة عشر فتصير خمسة وستين وخذ الثلث الثانى فى الجامع الاكبر وذلك ثمانية واضرب به فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ ما جمع من الخطأين أحدهما ستة والآخر ثلاثة عشر فاطرح الاقل من الاكثر فاذا طرحت ستة

من ثلاثة عشر يبقى سبعة فهو النصيب ولو أوصى بثلث ما يبقى والمسئلة بحالها فالفريضة من سبعة وخمسين والثلث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلث ما يبقى واحد (وتخريجها) على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها النصيبين وذلك سهمان فتصير سبعة ثم اضربها في ثلاثة فتصير احدا وعشرين ثم اطرح منها النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر فهو الثلث فقد طرح محمد رحمه الله في هذه المسئلة سهمين وفي المسئلة المتقدمة طرح أربعة أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلثي ما يبقى فعلى قياس ما ذكرهناك يجب ان يطرح ههنا أيضاً أربعة (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة ثم تضرب ستة في ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب وبقي الى تمام ثلث المال ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى ثلثه وذلك سهم يبقى سهمان يرد الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير أربعين تقسم بين البنين لكل ابن ثمانية (وأما) التخريج على طريق الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهم ترد الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر وحاجتك الى خمسة فتبين انك أخطأت بزيادة سبعة فزد على الثلث سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين اربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان تضم الى ثلثي المال وذلك اربعة عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى عشرة فظهر انك اخطأت في هذه الكرة بزيادة ستة والخطأ الاول كان زيادة سبعة فعلمت ان كل سهمين تزاد في الثلث تذهب من الخطأ سهما فزد في الثلث الاول أربعة عشر سهما حتى يزول الخطأ كله فاذا زدت على خمسة أربعة عشر تصير تسعة عشر فهو الثلث ثم يأتي الكلام على نحو ما ذكرنا (والتخريج) على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما بينا فاذا مات رجل وترك أما وابنتين وامرأتين وعصبة وأوصى لرجل بمثل نصيب احدى ابنتيه وبثلث ما يبقى من الثلث لآخر فالفريضة من ستة وستين والنصيب ستة عشر وثلث الباقي اثنان وللبنتين اثنان وثلاثون وللام ثمانية وللمرأة ستة وللعصبة سهمان هكذا اخرجها محمد رحمه الله في الاصل ومشايخنا رحمهم الله خرجوها من نصف ما خرجها في الكتاب من غير كسر وهو ثلاثة وثلاثون (وطريق) هذا التخريج ان أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين لحاجتك الى الثمن والثلثين والسدس فللمرأة الثمن ثلاثة أسهم وللبنتين الثلثان ستة عشر وللام السدس أربعة أسهم وللعصبة سهم فالبنتان يستحقان السهمين وهو الثلثان والباقون يستحقون سهماً واحداً وهو الثلث فصار في المعنى كان عدد الورثة ثلاثة لان سهامهم ثلاثة فاجعل كأن له ثلاثة بنين أوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وبثلث ما يبقى من الثلث ولو كان هكذا فالجواب سهل وهو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها سهما لاجل الوصية الاولى وتضربها في ثلاثة لاجل الوصية الثانية فتصير اثني عشر ثم اطرح منها سهما لاجل الوصية الثانية فيصير ثلث المال احد عشر وثلثاه مثلاه وذلك اثنان وعشرون فتصير جملة المال ثلاثة وثلاثين والنصيب سهم واحد مضروب في ثلاثة ثم في ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهما فيبقى ثمانية فاعط لصاحب النصيب ثمانية واعط ثلث ما يبقى وذلك سهم واحد فتصير تسعة وبقي الى تمام الثلث سهمان ضمها الى الثلثين وهو اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين للبنتين الثلثان لكل واحدة ثمانية مثل ما أعطيت لصاحب النصيب وللأم اربعة أسهم وللمرأة ثلاثة أسهم وللعصبة سهم فخرجت المسئلة من نصف ما خرج في الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب احدى البنتين الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من ستمائة وأربعة وعشرين والنصيب مائة وستون وثلث الباقي ستة عشر وطريق التخريج ان تجعل كأن عدد الورثة ثلاثة زد عليها سهما لاجل الوصية فتصير أربعة ثم اضرب أربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد عليها سهما تصير ثلاثة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه فتصير تسعة وثلاثين والنصيب سهم في ثلاثة ثم في ثلاثة فذلك تسعة ثم زد عليها سهما فتصير عشرة ثم استثن منها سهما مثل ثلث ما يبقى وضمه الى ما بقي فتصير أربعة ثم ضم الاربعة الى ثلثي المال فتصير ثلاثين لكل بنت عشرة مثل ما أعطيت قبل الاستثناء وللام السدس خمسة بقي خمسة

بين المرأة والعصبة أرباعا لان حق المرأة فى ثلاثة أسهم وحق العصبة فى سهم فيكون حقها ثلاثة أضعاف حق العصبة فان رضيت بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما أرباعا وان لم ترض فاضرب أصل الحساب فى أربعة فتكون مائة وستة وخمسين منها تخرج السهام على الصحة وهو ربع ماخرجه محمد فى الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب المرأة وبثلث مايبقى من الثلث فالفريضة من مائتين وأربعة وثلاثين والنصيب أربعة وعشرون وثلث الباقى ثمانية عشر وطريقه ان تجعل كان عدد الورثة ثمانية لان السهام ثمانية فكأنه أوصى بمثل نصيب أحدهم فزد عليه سهما فتصير تسعة ثم اضربها فى ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منها سهما فيبقى ستة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال ثمانية وسبعون والنصيب سهم مضروب فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهما فيبقى ثمانية وثلث مايبقى ستة فيبقى اثناعشر ضمها الى ثلثى المال وذلك اثنان وخمسون فتصير أربعة وستين للمرأة منها ثمانية وتبين انك أعطيت للموصى له بمثل نصيبها مثل نصيبها ثمانية فيبقى ستة وخمسون لا تستقيم بين الام والبنتين والعصبة لانه يجب أن يكون للبنتين ثلثا أربعة وستين وليس لها ثلث صحيح وللام سدسها وليس لها سدس صحيح أيضا غير ان بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف فاضرب أحدهما فى وفق الآخر وهو ثمانية وسبعون فى ثلاثة فيبلغ الحساب مائتين وأربعة وثلاثين كما قال فى الكتاب فكل من كان له سهم فى الحساب الأول صار له ثلاثة فى الحساب الثانى كان حق الموصى له فى ثمانية فصار أربعة وعشرين وحق البنتين فى اثنين وأربعين وثلثى درهم فصار مائة وثمانية وعشرين وحق الام فى عشرة وثلثى درهم مضروب فى ثلاثة فيكون اثنين وثلاثين وحق العصبة فى درهمين وثلثى درهم مضروب فى ثلاثة فيكون ثمانية دراهم ولو كان لرجل خمس بنين فاوصى لاحدهم بكمال الربع بنصيبه ولآخر بثلث مايبقى من الثلث فاجاز وافالفريضة من اثنى عشر النصيب اثنان وتكملة الربع سهم واحد وثلث مايبقى من الثلث واحد لان الوصية للوارث صحيحة عند اجازة الورثة وتفاوت مابين نصيبه والربع سهم لانه لو لم يكن ههنا وصية لاجنبى لكان له الربع والباقى بين البنين الاربعة أرباعا فاحتجنا الى حساب له ربع ولباقيه ربع وأقله ستة عشر فيعطى له ربع المال أربعة والباقى بين البنين الاربعة ارباعا لكل ابن ثلاثة وله أربعة فتبين انه بهذه الوصية لا يستحق الاسهما فاذا أوصى لغيره بثلث مايبقى من الثلث نأخذ حسابا له ثلث وربع وأقله اثناعشر فثلثه أربعة وربعه ثلاثة فأعط للموصى له بكمال الربع سهمان وللآخر سهما لان ثلث مايبقى من الثلث بعد كمال الربع سهم بقى اثنان ضمهما الى ثلثى المال فتصير بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان (فتبين) انا اذا أعطينا له ربع المال فنصيبه بنصيبه سهمان مثل ما أصاب هؤلاء والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) التقدير بثلث المال اذا كان هناك وارث ولم يجز الزيادة فلا تجوز الزيادة على الثلث الا باجازة الوارث الذى هو من أهل الاجازة والاصل فى اعتبار هذا الشرط ماروينا من حديث سعد رضى الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى بجميع مالى فقال لا فقال فبثلثيه فقال لا فقال فبنصفه قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبثلثه فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من ان تدعهم عالة ان يتكففون الناس وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا فى قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته فى المرض أو فى الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا انه وقت تعلق حق الورثة بالتركة اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض وحقهم يتعلق بماله فى مرض موته الا فى القدر المستثنى وهو الثلث فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد فان كان صحيحا تجوز فى جميع ماله وان كان مريضا لا تجوز الا فى الثلث لان الهبة والصدقة كل واحد منهما ايجاب الملك

للحال فيعتبر فيهما حال العقد فاذا كان صحيحا فلا حق لاحد فى ماله فيجوز من جميع المال واذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله فلا يجوز الا فى قدر الثلث وكذا الاعتاق فى مرض الموت والبيع والمحاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيه وابراء الغريم والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث ويجوز العفو عن دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث لان حق الورثة انما يتعلق بالمال والقصاص ليس بمال وكذا ان شاء الكفالة بالدين فى حال المرض وضمان الدرك لانه تبرع بالتزام الدين فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة لانه يتهم فيه كما يتهم فى الهبة ولو أقر فى مرضه بكفالته بالدين حال صحته فحكم هذا الدين حكم دين المرض حتى لا يصدق فى حق غرماء الصحة ويكون المكفول له مع غرماء المرض سواء ولو كفل فى صحته واضاف ذلك الى ما يستقبل بان قال للمكفول له كفلت بما يذوب لك على فلان ثم وجب له على فلان دين فى حال مرض الكفيل فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة لان الكفالة وجدت فى حال الصحة وعن ابراهيم النخعى رحمه الله فيمن أوصى لام ولده فى حياته وصحته ثم مات انه ميراث ولو أوصى عند موته لها بوصية فهى لها من الثلث والاول محمول على ما اذا أعطاها شيأ فى حياته على وجه الهبة لان الهبة منها لا تتصور حقيقة لكونها تمليكا وهى ليست من أهل الملك لانها مملوكة والثانى يجرى على ظاهره لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وهى عند الموت من أهل الملك لكونها حرة فكانت من أهل الوصية لها ولو أوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له تجوز من جميع المال عندنا وعند الشافعى لا تجوز الا من الثلث والمسئلة ذكرناها فى كتاب الولاء وكذلك اذا كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث لان امتناع النفاذ فى الزيادة لحقه والا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قائم فاذا أجاز فقد زال المانع ثم اذا اجازت باجازته فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصى لا من قبل الوارث فالزيادة جوازها جواز وصيته من الموصى لا جواز عطية من الوارث وهذا قول أصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى رحمه الله جوازها جواز هبة وعطية حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده وعندنا لا يقف (وجه) قوله ان النفاذ لما وقف على اجازة الوارث فدل ان الاجازة هبة منه والدليل عليه ان الوارث لو أجاز الوصية فى مرض موته تعتبر اجازته من ثلثه فثبت ان التمليك منه (ولنا) ان الموصى بالوصية متصرف فى ملك نفسه والاصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الاهل فى المحل وانما الامتناع لمانع وهو حق الوارث فاذا أجاز فقد أزال المانع وينفذ بالسبب السابق لا بازالة المانع لان ازالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب فى الحقيقة لا على الشرط لان الشروط كلها شروط الاسباب لا شروط الاحكام على ما عرف فى أصول الفقه وقد خرج الجواب عما ذكر (وأما) اجازته فى مرض موته فانما اعتبرت من ثلثه لا لكون الاجازة منه تمليكا وايجابا للملك لان الاجازة لا تنبئ عن التمليك بل هى ازالة المانع عن وقوع التصرف تمليكا باسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع فى هذا الاسقاط فيعتبر تبرعه من الثلث كما يعتبر تبرعه بالتمليك بالهبة من الثلث فان أجاز بعض الورثة ورد بعضهم جازت الوصية بقدر حصة المجيز منهم وبطلت بقدر انصباء الرادين لان لكل واحد منهم ولاية الاجازة والرد فى قدر حصته فتصرف كل واحد منهم فى نصيبه صدر عن ولاية شرعية فينفذ ثم انما تعتبر اجازة من أجاز اذا كان المجيز من أهل الاجازة بان كان بالغا عاقلا فان كان مجنونا أو صبيا لا يعقل لا تعتبر اجازته فان كان عاقلا بالغا لكنه مريض مرض الموت جازت اجازته ثم ان كان الوارث واحدا كانت اجازته بمنزلة ابتداء الوصية حتى لو كان الموصى له وارثه لا تجوز اجازته الا ان تجيزها ورثة المريض بعد موته وان كان أجنبيا تجوز اجازته وتعتبر من الثلث ثم وقت الاجازة هو ما بعد موت الموصى ولا تعتبر الاجازة حال حياته حتى انهم لو أجازوا فى حياته لهم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تجوز اجازتهم بعد موته وحال حياته واذا أجازوا فى حياته فليس لهم ان يرجعوا بعد موته ولا خلاف فى انهم اذا أجازوا بعد موته ليس لهم ان

يرجعوا

يرجعوا بعد ذلك (وجه) قول ابن أبي ليلى ان اجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لان حقهم يتعلق بماله في مرض موته الا انه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين انه كان مرض الموت فتبين ان حقهم كان متعلقا بماله فتبين انهم اسقطوا حقهم بالاجازة فجازت اجازتهم (ولنا) ان حقهم انما يثبت عند الموت لانه انما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فاذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الآن الا انه اذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت الى اول المرض والاستناد انما يظهر في القائم لا في الماضي واجازتهم قد مضت لغوا ضائعا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الاجازة والدليل على ان حق الورثة لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض ان المريض يحل له أن يطأ جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين انه وطئ ملك غيره فتبين انه كان حراما وليس كذلك بالاجماع على ان في اثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض ابطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لابطال الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي ولو أوصى بألف درهم من مال رجل أو عبد اوشئ آخر له فأجازه ذلك الرجل قبل موته او بعد موته فله ان يرجع عنه ما لم يدفعه الى الموصى له فاذا دفعه اليه جاز لان جوازه ليس بجواز وصيته اذ لا ولاية على مال الغير وانما جوازه جواز هبة من صاحب المال فلم تكن اجازته اجازة اسقاط حق بل هو عقد هبة منه لان تصرف الموصى صادف ملك غيره فوقف على اجازته فاذا اجازه الغير فوقع هبة من جهته لا وصية من الموصى كانه وهبه ابتداء فان سلم جازت الهبة والا فلا بخلاف الوصية بما زاد على الثلث اذا اجازها الورثة انها تجوز ولا يشترط فيها التسليم الى الموصى له لان التصرف هناك وقع وصية لمصادفته ملك نفسه فلا يفتقر الى التسليم وانما يفتقر الى الاجازة فاذا وجدت الاجازة جازت الوصية ونفذت وسواء كان الموصى به جزأ مسمى كالثلث والنصف اوكان جميع المال اوكان عينا مشارا اليها بان اوصى بعبد له اوثوب له انه يعتبر في ذلك كله الثلث فان كان يخرج من ثلث جميع ماله فهو له وان كان لا يخرج فله منه قدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر فله ثلثه والثلثان للورثة وسواء كانت الوصية واحدة أو اجتمعت الوصايا انه ينفذ الكل من الثلث ان امكن تنفيذ الكل منه وان لم يمكن وضاق الثلث عن الكل يتضارب فيه و يقدم البعض على البعض عند وجود سبب التقدم و بيان هذه الجملة ان الوصايا اذا اجتمعت فالثلث لا يخلو اما ان كان يسع كل الوصايا واما ان لا يسع الكل فان كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل لان الوصية تعلقت بالكل وأمكن تنفيذها في الكل فتنفذ سواء كانت الوصايا لله تبارك وتعالى كالوصية بالقرب من الوصية بالحج الفرض والزكاة والصوم والصلاة والكفارات والنذور وصدقة الفطر والاضحية وحج التطوع وصوم التطوع و بناء المساجد واعتاق النسمة وذبح البدنة ونحو ذلك اوكانت للعباد كالوصية لزيد وعمرو و بكر وخالد وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل لكن الورثة أجازت (فأما) اذا كان الثلث لا يسع ولم تجز الورثة فالوصايا لا تخلو (اما) ان كانت كلها لله تعالى عز وجل وهي الوصية بالقرب أو كان بعضها لله تعالى والبعض للعباد فان كان الكل لله تعالى فلا يخلو (اما) ان كان الكل فرائض أو واجبات أو نوافل أو اجتمع في الوصايا من كل جنس من الفرائض والواجبات والتطوعات فان كان الكل فرائض متساوية يبدأ بما قدمه الموصى لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات فيرجح بالبداية لان البداية دليل اهتمامه بما بدأ به لان الانسان يبدأ بالاهم فالاهم عادة واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة روى عنه انه يبدأ بالحج وان أخره الموصى في الذكر وروى عنه انه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد (وجه) الرواية الاولى ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة مالية والعبادة البدنية أولى لان النفس أنفس وأعز من المال فكان تقربا الى الله تبارك وتعالى بأعز الاشياء وانفسها عنده فكان أقوى فكانت البداية به أولى على ان الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن فكان الحج أقوى فكان أولى بالتقدم (وجه) الرواية الاخرى أن الحج تمحض حقا لله تعالى والزكاة يتعلق بها حق العبد فيقدم لحاجة العبد وغنا الله عز وجل وقالوا في الحج والزكاة انهما

يقدمان على الكفارات لانهما واجبان بايجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد والكفارات يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار واليمين والواجب ابتداء أقوى فيقدم والكفارات متقدمة على صدقة الفطر لان صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض والفرض مقدم على الواجب ولان هذه الكفارات منصوص عليها فى الكتاب العزيز ولا نص فى الكتاب على صدقة الفطر وانما عرفت بالسنة المطهرة فكان المنصوص عليه فى الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وان كانت الاضحية أيضاً واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها والاضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى فكان بالبداية أولى وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر فى رمضان لان وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها باخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم وقالوا ان صدقة الفطر تقدم على المنذور به لانها وجبت بايجاب الله تبارك وتعالى ابتداء والمنذور به وجب بايجاب العبد وقد تعلق وجوبه أيضاً بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة والاشكال عليه ان صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرائض لان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده والوفاء بالمنذور به فرض لانه وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تبارك وتعالى وليوفوا نذورهم والفرض مقدم على الواجب ولهذا يكفر جاحد وجوب الوفاء بالنذر وفى كتاب الله عز وجل دليل عليه وهو قوله سبحانه وتعالى ومنهم من عاهد الله لان آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فاعقبهم نفاقا فى قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ماوعدوه وبما كانوا يكذبون والمنذور به مقدم على الاضحية لانه واجب الوفاء بيقين وفى وجوب الاضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والاضحية تقدم على النوافل لانها واجبة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وسنة مؤكدة عندهما والشافعى رحمه الله والواجب والسنة المؤكدة أولى من النافلة فالظاهر من حال الموصى انه قصد تقديمها على النافلة تحسينا للظن بالمسلم الا انه تركه سهوا فيقدم بدلالة حالة التقديم وان أخره بالذكر على سبيل السهو هذا الذى ذكرنا اذا لم يكن فى الوصايا بالقرب اعتاق منجز وهو الاعتاق فى مرض الموت أو اعتاق معلق بالموت وهو التدبير فان كان تقدم ذلك لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فان كان اعتاقا واجباً فى كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وان لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك لان الوصية بالاعتاق يلحقها الفسخ كما يلحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالاعتاق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم بخلاف الاعتاق المنجز فى المرض والمعلق بالموت لانه لا يلحقهما الفسخ فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا وان كانت الوصايا بعضها لله سبحانه وتعالى وبعضها للعباد فان أوصى لقوم باعيانهم يتضاربون بوصاياهم فى الثلث ثم ما أصاب العباد فهولهم لا يقدم بعضهم على بعض لما نبين وما كان لله تبارك وتعالى يجمع ذلك فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد فانه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فان قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد فان الثلث يقسم على أربعة أسهم سهم للموصى له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لان كل جهة من هذه الجهات غير الاخرى فتفرد كل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين فان قيل جهات القرب وان اختلفت فالمقصود منها كلها واحد وهو طلب مرضات الله تبارك وتعالى وابتغاء وجهه الكريم فينبغى ان يضرب للموصى له بسهم والقرب بسهم فالجواب ان المقصود من الكل وان كان واحداً وهو ابتغاء وجه الله عز وجل وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وابناء السبيل ان كل واحد منهم يضرب بسهمه وان

كان المقصود من الكل التقرب الى الله سبحانه وتعالى لكن لما كانت الجهة منصوصاً عليها اعتبر المنصوص عليه كذا ههنا هذا اذا كانت الوصايا كلها لله تبارك وتعالى أو بعضها لله تبارك وتعالى وبعضها للعباد (فاما) اذا كانت كلها للعباد فانها لاتخلو من أحد وجهين (اما) ان كانت كلها في الثلث لم يجاوز واحدة منها قدر الثلث (وأما) ان جاوزت فان لم تجاوز بان أوصى لانسان بثلث ماله ولآخر بالربع ولآخر بالسدس فانهم يتضاربون في الثلث بقدر حقوقهم فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث فيضرب كل واحد منهم بقدر فريضته من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض الا اذا كان مع هذه الوصايا أحد الاشياء الثلاثة الاعتاق المنجز في المرض أو المعلق بالموت في المرض أو في الصحة وهو التدبير أو البيع بالمحاباة بما لايتغابن الناس فيه في المرض فيقدم هو على سائر الوصايا التي هي للعباد كما يقدم على الوصايا بالقرب فيبدأ بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب أهل الوصايا فيما يبقى من الثلث ويكون بينهم على قدر وصاياهم وانما قلنا انه لا يقدم البعض على البعض في غير المواضع المستثناة لان تقديم البعض على البعض يستدعي وجود المرجح ولم يوجد لان الوصايا كلها استوت في سبب الاستحقاق لان سبب استحقاق كل واحد منهم مثل سبب صاحبه والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم ولا استواء في سبب الاستحقاق في مواضع الاستثناء لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ والمحاباة تستحق بعقد ضمان وهو البيع اذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضموناً بالثمن والوصية تبرع فكانت المحاباة المتعلقة بعقد الضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم وان اجتمع العتق والمحاباة وضاق الثلث عنهما فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ان كانت المحاباة قبل العتق بدأ بالمحاباة والا استويا هكذا روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق تقدم أو تأخر (وجه) قولهما ان العتق أقوى من المحاباة لانه لايحتمل الفسخ والمحاباة تحتمل وفي باب الوصايا يقدم الاقوى فالاقوى اذا كان الثلث لا يسع الكل ولهذا قدم العتق على سائر الوصايا وبه تبين أنه لا عبرة بالتقديم في الذكر فانه يقدم على سائر الوصايا وان كانت مقدمة في الذكر على العتق على ان التقدم في الذكر يعتبر ترجيحاً والترجيح انما يكون بعد الاستواء في ركن العلة ولا استواء ههنا لما بينا فبطل الترجيح ولابي حنيفة رحمه الله ان المحاباة أقوى من العتق لانها تستحق بعقد ضمان على ما بينا والعتق تبرع محض فلا يزاحمها وكان ينبغي أن يقدم على العتق تقدمت في الذكر أو تأخرت الا أن مزاحمة العتق اياها حالة التأخير ثبت لضرورة التعارض حالة التقدم على مانذكره (وأما) قولهما ان الاعتاق لايحتمل الفسخ فبعض المشايخ قالوا ان كل واحد منهما لايحتمل الفسخ من جهة الموصي فان من باع ماله بالمحاباة في مرض موته لا يملك فسخه كما لو أعتق عبده في مرض موته أنه لا يملك فسخه فاستويا في عدم احتمال الفسخ من جهة الموصي وهو المعتق والبائع فاذا كانت البداية بالمحاباة ترجحت بالبداية لكون البداية بها دليل الاهتمام ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به لان تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق الذي هو تبرع محض فتعارض الوجهان فسقطا والتحقا بالعدم فبقي أصل التعارض بلا ترجيح فتقع المزاحمة بين المحاباة والعتق فيقسم الثلث بينهما وهذا الجواب ضعيف لان البيع بالمحاباة تصرف يحتمل الفسخ في نفسه في الجملة فينفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط والاقالة اذ هي فسخ في حق المتعاقدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فكانت المحاباة محتملة للفسخ في الجملة والعتق لايحتمله رأساً فكان أقوى من المحاباة فيجب ان يقدم عليها كما هو مذهبهما (ومنهم) من قال ان عدم احتمال العتق للفسخ ان كان يقتضي ترجيحه على المحاباة كما ذكرنا من تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضي ترجيحا على العتق فوقع التعارض فترجح المحاباة بالبداية واذا لم يبدأ بها فلم يوجد الترجيح فبقيت المعارضة فثبتت المزاحمة وهذا أيضا ضعيف لانه لو كان كذلك للزم تقديم العتق على المحاباة اذا بدأ بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض ولا يقدم غيره بل يقسم الثلث بينهما (ومنهم) من قال تعلق المحاباة بعقد الضمان من حيث استحقاقها به أقوى في الدلالة من العتق من

حيث عدم احتمال الفسخ بدليل أن الدين مقدم على الاعتاق حتى لو أعتق عبداً مستغرقاً بالدين لا ينفذ وان كان الاعتاق لا يحتمل الفسخ والمعارضة محتملة للفسخ لكونها عقد ضمان فلا يعارضها العتق الا عند البداية وعلى الجملة تقرير مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة بالاضافة الى عقولنا مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم وفرع أبو حنيفة رضي الله عنه على هذا فقال اذا أعتق ثم حابى ثم أعتق يقسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة نصفين ثم ما أصاب العتق الاول يقسم بينه وبين العتق الثاني لاستوائهما في القوة ولو حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحابتين نصفين ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة يقسم بينهما وبين العتق نصفين كما اذا أعتق ثم حابى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان مع الوصايا للعباد عتق أو محاباة فان لم يكن يضرب كل واحد منهما بقدر حقه من الثلث حتى لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالسدس ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما أثلاثاً سهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس أصل المسألة من ستة ثلث المال ثلاثة وثلثاه مثلاه وذلك ستة فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلاثة للموصى لهما بالثلث والسدس بينهما أثلاثاً وثلثاه وذلك ستة للورثة فاستقام الثلث والثلثان وان أجازت الورثة فللموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالسدس سهم والباقي وهو ثلاثة من ستة للورثة على فرائض الله تبارك وتعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة أصل المسئلة من اثني عشر للموصى له بالثلث ثلثها وذلك أربعة عشر فيكون كل المال احدا وعشرين الثلث من ذلك سبعة للموصى له بالثلث والثلثان وهو أربعة عشر للورثة وان أجازت الورثة فللموصى له بالثلث ما أوصى له وهو أربعة وللموصى له بالربع ما أوصى له وهو ثلاثة والباقي وهو خمسة من اثني عشر للورثة على فرائض الله تعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع ولآخر بالسدس فثلث المال تسعة أصل المسئلة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولصاحب السدس سهمان وذلك تسعة وثلثا المال مثلاه وذلك ثمانية عشر فيكون جملته سبعة وعشرين سهام الوصية منها تسعة ثلاثة وأربعة وسهمان وثمانية عشر سهام الورثة هذا اذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث فان كان بان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالنصف فان أجازت الورثة فلكل واحد ما أوصى له به فالثلث للموصى له بالثلث والنصف للموصى له بالنصف أصل المسئلة من ستة للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالنصف ثلاثة وذلك خمسة والباقي للورثة وان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب النصف الثلث سهمان وان أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله فان أجازت الورثة فلكل واحد منهما ما أوصى له به فالربع للموصى له بالربع والنصف للموصى له بالنصف والربع الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى لان المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة وقد زال باجازتهم وان ردوا فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وان نفذت في الثلث لا غير وانما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم للموصى له بالنصف أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة وعند أبي يوسف ومحمد على ثلاثة سهمان للموصى له بالربع لان الموصى له بالنصف لا يضرب الا بالثلث عنده والموصى له بالربع يضرب بالربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثلثها أربعة وربعها ثلاثة فتجعل وصيتهما على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاه وذلك أربعة عشر وجميع المال احد وعشرون سبعة منها للموصى لهما أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع وعند أبي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لان الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون سهمين والربع سهما فيكون ثلاثة فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم سهمان للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وهذا بناء على أصل وهو ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير اجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله

تعالى

تعالى الا فى خمس مواضع فى العتق فى المرض وفى الوصية بالعتق فى المرض وفى المحاباة فى المرض وفى الوصية بالمحاباة وفى الوصية بالدراهم المرسلة فانه يضرب فى هذه المواضع بجميع وصية من غير اجازة الورثة وصورة ذلك فى الوصية بالعتق اذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما وقيمة أحدهما الف وقيمة الآخر الفان ولم تجز الورثة عتقا من الثلث وثلث ماله الف درهم فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته الفان فيعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة والثلث للذى قيمته الف فيعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة فان أجازت الورثة عتقا جميعاً وصورة ذلك فى المحاباة اذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيعا بالمحاباة وقيمة أحدهما مثلا الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة فأوصى بأن يباع الاول من فلان بمائة والآخر من فلان آخر بمائة فههنا حصلت المحاباة لاحدهما بألف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية لانها حصلت فى حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز وان لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بخمسمائة وصورة ذلك فى الدراهم المرسلة اذا أوصى لانسان بألف وللآخر بالدين وثلث ماله ألف فالثلث يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ولا خلاف أيضا فى الوصية بأقل من الثلث كالربع والسدس ونحو ذلك ان الموصى له يضرب بجميع وصيته (وجه قولهما) أن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه فيجب اعتبارها ما أمكن الا أنه تعذر اعتبارها فى حق الاستحقاق لما فيه من ابطال حق الورثة وانه اضرار بهم فوجب اعتبارها فى حق الضرب وانه يمكن اذ لا ضرر فيه على الورثة ولهذا اعتبرت التسمية فى حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل ولابى حنيفة رحمه الله ان الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه بيقين والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه بيقين باطل وانما قلنا ان الوصية بالزيادة وصية باطلة لانها فى قدر الزيادة صادفت حق الورثة الا أنها وقفت على الاجازة والرد فاذا ردوا تبين انها وقعت باطلة وقوله من كل وجه يعنى به استحقاقا وتسمية وهى تسمية النصف فالكل فلم تقع الوصية صحيحة فى مخرجها وقولنا بيقين لانها لا يحتمل النفاذ لحال ألا يرى انه لو ظهر للميت مال آخر لنفذت هذه الوصية وهى الوصية بالزيادة على الثلث بخلاف المواضع الخمس فان هناك ما وقعت باطلة بيقين بل تحتمل التنفيذ فى الجملة بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث فتبين ان الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث فلم يقع باطلة بيقين وههنا بخلافه لانه وان ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال فى الوصية ولا يخرج من الثلث وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين فان زادت قيمته على الثلث بأن أوصى بثلث عبد لرجل وبثلثيه لآخر ولا مال له سواه فردت الورثة ان صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزائد عندنا وان لم تكن الوصية باطلة بيقين لجواز أن يظهر له مال آخر فتنفذ تلك الوصية فينتفى أن يضرب الموصى له بالثلثين بالثلث الزائد ومع هذا لا يضرب عندنا فأشكل القدر وبخلاف الوصية بالاقل من الثلث لان الوصية هناك وقعت صحيحة فى مخرجها من حيث التسمية لان التسمية وقعت بالربع والسدس وكل ذلك مخارج الوصية بالتسمية صادفت محل الوصية وانما يظهر الفرق عند اجتماع الوصيتين فاذا ردت الورثة فالرد ورد عليهما جميعا فيقسم بينهما على قدر نصيبهما ولو أوصى لرجل بجميع ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فأجازت الورثة الوصيتين جميعاً فقد روى أبو يوسف ومحمد عن أبى حنيفة رحمه الله انه قال الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة ويكون الباقى بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال حسن بن زياد ليس هذا قول أبى حنيفة أن للموصى له ربع المال وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه وذكر الكرخى رحمه الله انه ليس فى هذه المسئلة نص رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وانما اختلفوا فى قياس قوله والصحيح ان قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيها ما روى عنه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لانه قسمة على اعتبار المنازعة وما ذكر حسن رحمه الله تعالى اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة من أصولهما لا من أصله فان من أصله اعتبار المنازعة فى القسمة (ووجهه) ههنا ان ما زاد على

الثلث يعطى كله للموصى له بجميع المال لانه لا ينازعه فيه أحد وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث فاستوت منازعتهما فيه اذلا ترجيح لاحدهما على الآخر فيقسم بينهما نصفين فيكون أصل مسألة الحساب من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث الثلثان للموصى له بالجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان الا أنه ينكسر الحساب فيضرب اثنين فى ثلاثة فيصير ستة فيسلم ثلثاها للموصى له بالجيع بلا منازعة وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيقسم بينهما فحصل للموصى له بالجميع خمسة وللموصى له بالثلث سهم وأما القسمة على طريق العول والمضاربة عندهما ههنا ان كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم والموصى له بالجميع يضرب بكل المال وهو ثلاثة أسهم فيجعل المال على أربعة أسهم لصاحب الثلث سهم ولصاحب الجميع ثلاثة هذا اذا أجازت الورثة فان ردت الورثة جازت الوصية من الثلث ثم الثلث يكون بينهما نصفين فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث اذلم تجز الورثة عنده وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ارباعا على ما بينا والله تعالى الموفق هذا اذا اجتمعت الوصايا فيما سوى العين فان اجتمعت الوصايا فى العين فان اجتمعت فى عين مشار اليها بان أوصى بعين واحدة لاثنين أو أكثر أو أوصى لكل واحد بجميع العين فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقسم العين بين أصحاب الوصايا على عددهم فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذى حصل له بالقسمة ولا يضرب بجميع تلك العين وان وقعت القسمة بجميع العين وذلك نحو أن يقول أوصيت بعبدى هذا لفلان ثم قال وقد أوصيت بعبدى هذا لفلان آخر والعبد يخرج من ثلث ماله فان العبد يقسم بينهما نصفين على عددهما وهما اثنان فيضرب كل واحد منهما بنصف العبد ولا يضرب بأكثر من ذلك وكذلك ان أوصى به لثلاثة أو لاربعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ويتفق الجواب فى تقديم ما يستحق كل واحد منهما من العبد فى هذه الصورة لكن بناء على أصلين مختلفين وانما يظهر ثمرة اختلاف الاصلين فيما اذا انضمت الى الوصية لهما وصية لثالث بأن كان له عبد والفا درهم سوى ذلك فاوصى بالعبد لانسان ثم أوصى به لآخر وأوصى لرجل آخر بالف درهم فعند أبى حنيفة رحمه الله يضرب كل واحد من الموصى له بالعبد بنصف العبد وهذا بنصفه وهذا بنصفه ويضرب الموصى له بالف درهم بالف فيقتسمون بالثلث ارباعا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد من الموصى لهما بالعبد بجميع العبد والموصى له بالف يضرب بالف فيقتسمون الثلث اثلاثا بناء على الاصل الذى ذكرنا فيما تقدم أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث عنده وعندهما يضرب بجميع وصيته فهما يقولان لان التسمية وقعت لجميع العين الا انها لا تظهر فى حق الاستحقاق فتظهر فى حق الضرب كما فى أصحاب الديون وأصحاب العول وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الموصى قد أبطل وصية كل واحد منهما فى نصف العين فله ولاية الابطال الا يرى ان له ان يرجع فيبطل استحقاق كل واحد منهما نصف العين فالضرب بالجيع يكون ضربا بوصية باطلة فكان باطلا بخلاف الغرماء فانه ليس لمن عليه الدين ولاية ابطال حقهم فيضرب كل واحد منهم بكل حقه وبخلاف أصحاب العول لانه لم يؤخذ من جهة الميت سبب يبطل شهادتهم فيضربون بجميع ما ثبت حقهم فيه ولو كان له عبد آخر قيمته الف درهم والف درهم فأوصى بعبد لرجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله فالثلث وهو قدر الف درهم يكون بينهما نصفين خمسمائة للموصى له بجميع العبد وخمسمائة للموصى له بالثلث غيران ما أصابه الموصى له بالجميع يكون فى العبد وذلك خمسة اسداس العبد وما أصاب الموصى له بالثلث يكون بعضه فى العبد وهو سدس ما بقى من العبد وهو عشر العبد والبعض فى الدراهم وهو خمس الالفين فيضرب الموصى له بجميع العبد بخمسة اسداسه والموصى له بالثلث يضرب بسدس العبد وبخمس الالفين على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه لان الوصية بثلث المال تناولت العبد لكونه مالا فاجتمعت فى العبد وصيتان فسلم للموصى له بجميع العبد ثلثاه بلا منازعة والثلث ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيكون على الحساب من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث وأقل حساب يخرج

منه

منــه الثلث ثلاثة قسمان خليا عن منازعة الموصى له بالثلث فسلم ذلك للموصى له بالجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فنضرب اثنين في ثلاثة فيكون ستة فثلثا الستة وهو أربعة سلم للموصى له بالجميع لانه لا ينازعه فيــه أحد وثلثها وهو سهمان ينازعه فيــه الموصى له بالثلث واستوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحــد منهما سهم واذا صار العبد وقيمته الف على ســتة يصير كل الف من الدراهم على ســتة فصار الالفان على اثني عشر للموصى له بالثلث منهما أربعة أسهم فصار له خمسة أسهم أربعة أســهم من الدراهم وسهم من العبــد وللموصى له بالجميع خمسة أسهم كلها في العبد لانه لا وصية له في الدراهم فصارت وصيتهما جميعا عشرة أسهم فاجعل ثلث المال على عشرة أسهم فالثلثان عشرون ســهما فالكل ثلاثون سهما والعبــد ثلث المــال لان قيمته الف درهم فصار العبد على عشرة أسهم والالفان على عشرين سهما فادفع وصيتهما من العبــد فوصية الموصى له بالجميع خمســة وهو نصف العبــد ووصية الموصى له بالثلث ســهم وذلك خمس ما بقي من العبد وادفع وصية الموصى له بالثلث من الدراهم وذلك عشرون سهما أربعة أسهم وهو خمس الالفين على ماذكره في الاصل فبقي من العبد أربعة أسهم لا وصية فيها فيدفع الى الورثة فيكمل لهم الثلثان لان الموصى له بالثلث قد أخذ من الالفين أربعمائة وذلك أربعة أسهم وحصل للموصى له بالعبــد خمسة أسهم من العبد وذلك نصفه وحصــل للموصى له بالثلث أربعمائة من الدراهم وذلك خمسها لانا جعلنا الالفين على عشرين سهما وأربعة من عشرين خمسها وحصــل له من العبد سهم وذلك خمس العبد وحصل للورثة عشرون سهما وهي الثلثان ســتة عشر سهما وذلك اربعة اخماسها وأربعة أسهم من العبد وذلك خمساه هــذا قول أبي حنيفة رحمــه الله (وأما) على قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة فصاحب العبــد يضرب بجميع ثلثه وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم فيحتاج الى حساب له ثلث وأقله ثلاثة فصاحب العبــد يضرب بالجميع وذلك ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك سهم فصار العبد على أربعة أسهم واذا صار العبــد على أربعة أسهم مع العول صار كل ألف على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في الالف فصارت الالفان على ستة أسهم فللموصى له بالثلث ثلثها وذلك سهمان فتبين ان وصيتهما ســتة أسهم ووصــية صاحب العبــد ثلاثة كلها في العبــد ووصــية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان في الدراهم وسهم في العبد فاجعل ذلك ثلث المــال واجعل العبد ثلث المال واجعل العبد على ستة أسهم وادفع اليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهم بقي ســهمان فاضلان لا وصية فيهــما فادفع ذلك الى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان لان صاحب الثلث قد أخــذ سهمين من الدراهم وانتقص نصيب الورثة من الدراهم فيدفع سهمين من العبد اليهم حتى يكمل لهم الثلثان وقد جعل ثلث المــال وهو العبد على ستة أسهم فالثلثان يكونان اثني عشر فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين ثم ضم السهمين من العبد الذي لا وصية فيهما الى عشرة أسهم حتى يكمل لهم الثلثان فحصل للورثة عشرة أسهم من الدراهم وسهمان من العبد وللموصى له بالعبد ثلاثة أسهم وذلك نصف العبد كله في العبد وللموصى له بالثلث سهم في العبد وذلك سدس العبد وسدس الالفين وهما سهمان من اثني عشر والله تعالى أعلم ولو كان له عبدان قيمتهما واحدة لا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحــدهما بعينه ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على ســبعة أسهم وهذه المسألة مبنية على مسألتين احــداهما ان الثلث يقسم بينهما على طريقة المنازعة في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على طريق العول والثانية ان المذهب عند أبي حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث الا في مواضع الاستثناء على ما بينا اذا عرفت هذا فنقول القسمة في هــذه المسألة على طريق المنازعة عنــد أبي حنيفة رحمه الله لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعــه ووصية بثلثه والثلثان يسلمان لصاحب الجميع بلا منازعة لانه لا ينازعه فيه صاحب الثلث وذلك سهمان من ثلاثة والثلث وهو سهــم استوت منازعتهــما فيــه فيقسم بينهما لكل واحــد منهما نصف ســهم فانكسر فنضرب اثنــين في ثلاثة فيصير ستة قلنا الستة تسلم لصاحب الجميع بلا منازعــة وهو أربعة والثلث وهو سهمان استوت

منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فلما صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبد الآخر على ستة للموصى له بالثلث منهما سهمان فصار وصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان في العبد الذي لا وصية فيه وسهم في العبد الذي فيه وصية ووصية صاحب العبد خمسة أسهم وذلك أكثر من ثلث المال لان جميع المال اثنا عشر فثلثها أربعة والمذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب له الا بالثلث فنطرح من وصيته سهما فتصير وصيته أربعة أسهم ووصية الآخر ثلاثة أسهم وذلك سبعة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك أربعة عشر وجميع المال احد وعشرون وماله عبدان فتبين ان كل عبد على عشرة ونصف لان كل عبد مقدار نصف المال فيدفع من العبد الموصى به وصيتهما فيه ويدفع اليهما بوصية صاحب الجميع أربعة أسهم في العبد فيدفع ذلك اليه ووصية صاحب العبد سهم واحد في العبد فيدفع ذلك اليه فبقي من العبد خمسة أسهم ونصف فادفع ذلك الى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى ويؤخذ من العبد الذي لا وصية فيه سهمان ويدفع الى الموصى له بالثلث فيبقى من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع الى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى فصارت كلها سبعة أسهم وهي ثلث المال فحصل للموصى له بالعبد منهما خمسة أسهم وللموصى له بالثلث سهمان وحصل للورثة من العبد الموصى به خمسة ونصف ومن العبد الذي لا وصية فيه ثمانية ونصف فذلك أربعة عشر وهي ثلثا المال فاستقام الحساب على الثلث والثلثين وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع وذلك ثلاثة أسهم وصاحب الثلث يضرب بثلثه وهو سهم فصار العبد على أربعة أسهم وهو معنى العول فلما صار هذا العبد على اربعة بالعول يجعل العبد الآخر على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في ذلك العبد فسهم من ذلك العبد للموصى له بالثلث فصارت وصية صاحب الثلث سهمين سهم من العبد الذي فيه الوصية وسهم من العبد الذي لا وصية فيه ووصية صاحب العبد ثلاثة أسهم فذلك خمسة اسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك عشرة والجميع خمسة عشر وماله عبدان فيصير كل عبد على سبعة ونصف فيدفع وصية صاحب العبد من العبد اليه وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث اليه وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلاثة ونصف فيدفع ذلك الى الورثة ويدفع من العبد الآخر سهم الى الموصى له بالثلث يبقى ستة أسهم ونصف من العبد الذي فيه الوصية وستة أسهم ونصف من العبد الآخر فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا العقد فله صفتان احداهما قبل الوجود والاخرى بعد الوجود أما التي هي قبل الوجود فهي ان الوصية بالفرائض والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة ومندوب اليها ومستحبة في بعض الاحوال وعند بعض الناس الكل واجب وقد بينا ذلك كله في صدر الكتاب وأما التي هي بعد الوجود فهي ان هذا عقد غير لازم في حق الموصي حتى يملك الرجوع عندنا مادام حيا لان الموجود قبل موته مجرد ايجاب وانه محتمل الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى كما في الهبة والصدقة الا التدبير المطلق خاصة فانه لازم لا يحتمل الرجوع أصلا وان كان وصية لانه ايجاب يضاف الى الموت ولهذا يعتبر من الثلث لانه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لانه سبب حكم لازم وكذا التدبير المقيد لا يحتمل الرجوع نصا ولكنه يحتمله دلالة بالتمليك من غيره لان العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب ثم الرجوع قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد يكون ضرورة أما النص فهو أن يقول الموصي رجعت أما الدلالة فقد تكون فعلا وقد تكون قولا وهو أن يفعل في الموصى به فعلا يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع وبيان هذه الجملة اذا فعل في الموصى به فعلا لو فعله في المغصوب لا نقطع به ملك المالك كان رجوعا كما اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا أو قباء أو بقطن ثم غزله أو لم يغزله ثم نسجه أو بحديدة ثم صنع منها اناء أو سيفا أو سكينا أو بفضة ثم صاغ منها حليا ونحو ذلك لان هذه الافعال لما

أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلا أولى ثم وجه الدلالة منها على التفصيل ان كل واحد منها تبديل العين وتصييرها شيأ آخر معنى واسما فكان استهلاكا لها من حيث المعنى فكان دليل الرجوع فصار كالمشتري بشرط الخيار اذا فعل في المبيع فعلا يدل على ابطال الخيار يبطل خياره والاصل في اعتبار الدلالة اشارة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله للمخيرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك ولو أوصى بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهو رجوع لان الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى وان نقضه ولم يخطه لم يذكر في الكتاب واختلف المشايخ فيه والاشهر انه ليس برجوع لان العين بعد النقض قائمة تصلح لما كانت تصلح له قبل النقض ولو باع الموصى به أو أعتقه أو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعا لان هذه التصرفات وقعت صحيحة لمصادفتها ملك نفسه فأوجبت زوال الملك فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه ولا سبيل اليه ولو باع الموصى به ثم اشتراه أو وهبه وسلم ورجع في الهبة لا تعود الوصية لانها قد بطلت بالبيع والهبة مع التسليم لزوال الملك والعائد ملك جديد غير موصى به فلا تصير موصى به لا ن بوصية جديدة ولو أوصى بعبد فغصبه رجل ثم رده بعينه فالوصية على حالها لان الغصب ليس فعل الموصي والموصى به على حاله فبقيت الوصية الا اذا استهلكه الغاصب أو هلك في يده فتبطل الوصية لبطلان محل الوصية وكذا لو أوصى بعبد ثم دبره أو كاتبه أو باع نفسه منه كان رجوعا لان التدبير اعتاق من وجه أو مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ والنقض وكل ذلك دليل الرجوع والمكاتبة معاوضة الا أن العوض متأخر الى وقت أداء البدل فكان دليل الرجوع كالبيع وبيع نفس العبد منه اعتاق فكان رجوعا ولو أوصى بعبد لانسان ثم أوصى أن يباع من انسان آخر لم يكن رجوعا وكانت الوصية لهما جميعا لانه لا تنافي بين الوصيتين لان كل واحدة منهما تمليك الا أن احداهما تمليك بغير بدل والاخرى تمليك ببدل فيكون العبد بينهما نصفه للموصى له به ونصفه يباع للموصى له بالبيع ولو أوصى أن يعتق عبده ثم أوصى بعد ذلك أن يباع من فلان أو أوصى أولا بالبيع ثم أوصى بالاعتاق كان رجوعا لما بين الوصيتين من التنافي اذ لا يمكن الجمع بين الاعتاق والبيع فكان الاقدام على الثانية دليل الرجوع عن الاولى وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل انه اذا أوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطلة للاولى وهو معنى الرجوع وان كانتا غير متنافيتين تنفذ تا جميعا ولو أوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعا لان الملك في باب الوصية يثبت عند الموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى وقت الموت عادة بل تفسد فكان الذبح دليل الرجوع ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم جصصها أو هدمها لم يكن شيء من ذلك رجوعا لان الغسل ازالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفا في الموصى به وتجصيص الدار ليس تصرفا في الدار بل في البناء لان الدار اسم للعرصة والبناء بمنزلة الصفة فيكون تبعاً للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الاصل ونقض البناء تصرف في البناء والبناء صفة وانها تابعة ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبداً بعينه ثم رجع العبد الى الموصى بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث فالوصية لا تبطل ويجب تنفيذها لان الوصية ما وقعت بثمن العبد بل بعين العبد وهو مقصود الموصي وانما ذكر الشراء للتوسل به الى ملكه وقد ملكه فتنفذ فيه الوصية ولو أوصى بشيء لانسان ثم أوصى به لآخر فجملة الكلام فيه انه اذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الاولى والموصى له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعا وكان اشراكا في الوصية وبيان هذه الجملة اذا قال أوصيت بثلث مالي لفلان ثم قال أوصيت بثلث مالي لفلان آخر ممن تجوز له الوصية فالثلث بينهما نصفان وكذا لو قال أوصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث ثم قال أوصيت به لفلان آخر ممن تجوز له الوصية كان العبد بينهما نصفين ولو قال أوصيت بثلث مالي لفلان أو بعبدي هذا لفلان ثم قال الذي أوصيت به لفلان أو العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا عن الاولى وامضاء للثانية وانما كان كذلك لان الاصل في الوصية بشيء لانسان ثم الوصية به لآخر هو الاشراك لان فيه عملا بالوصيتين بقدر الامكان والاصل في تصرف العاقل صيانته عن الابطال ما أمكن وفي الحمل على الرجوع ابطال احدى الوصيتين من كل وجه وفي الحمل على

الاشراك عمل بكل واحد منهما من وجه فيحمل عليه ما أمكن وعند الاعادة وكون الثانى محلا للوصية لا يمكن الحمل على الاشراك لانه لما أعاد علم انه أراد نقل تلك الوصية من الاول الى الثانى ولا ينتقل الا بالرجوع فكان ذلك منه رجوعا هذا اذا قال الوصية التى أوصيت بها لفلان فهى لفلان وكذا اذا قال الوصية التى أوصيت بها لفلان قد أوصيتها لفلان أو فقد أوصيتها لفلان فاما اذا قال وقد أوصيت بها لفلان فهذا يكون اشرا كالان الواو للشركة وللاجتماع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى باطلة فهذا رجوع لانه نص على ابطال الوصية الاولى وهو من أهل الابطال والمحل قابل للبطلان فتبطل وهو معنى الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى حرام أو هى ربا لا يكون رجوعا لان الحرمة لا تنافى الوصية فلم يكن دليل الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى لفلان وارثى كان هذا رجوعا عن وصيته لفلان ووصيته للوارث فيقف على اجازة الورثة لانه نقل الوصية الاولى بعينها الى من يصح النقل اليه لان الوصية للوارث صحيحة بدليل انها تقف على اجازة بقية الورثة والباطل لا يحتمل التوقف واذا انتقلت اليه لم يبق للاول ضرورة وهذا معنى الرجوع ثم ان أجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث نفذت وصار الموصى به للموصى له وان ردوا بطلت ولم يكن للموصى له الاول لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه وصار ميراثا للورثة الموصى كما لو رجع صريحا ولو قال الوصية التى أوصيت بها لفلان فهى لعمرو بن فلان وعمرو حى يوم قال الموصى هذه المقالة كان رجوعا عن وصيته لان الوصية لعمرو وقعت صحيحة لانه كان حيا وقت كلام الوصية فيصح النقل اليه فصح الرجوع ولو كان عمرو ميتا يوم كلام الوصية لم تصح الوصية لان الميت ليس بمحل للوصية فلم يصح ايجاب الوصية له فلم يثبت ما فى ضمنه وهو الرجوع ولو كان عمرو حيا يوم الوصية حتى صحت ثم مات عمرو قبل موت الموصى بطلت الوصية لان نفاذها عند موت الموصى وتعذر تنفيذها عند موته لكون الموصى له ميتا فكان المال كله للورثة ولو قال الثلث الذى أوصيت به لفلان فهو لعقب عمرو فاذا عمرو حى ولكنه مات قبل موت الموصى فالثلث لعقبه وكان رجوعا عن وصية فلان لان قوله لعقب عمرو وقع صحيحا اذا كان لعمرو عقب يوم موت الموصى لان عقب الرجل من يعقبه بعد موته وهو ولده فلما مات عمرو قبل موت الموصى فقد صار ولده عقباله يوم نفاذ الايجاب وهو يوم موت الموصى فصحت الوصية كما لو أوصى بثلث ماله لولد فلان ولا ولد له يومئذ ثم ولد له ولد ثم مات الموصى ان الثلث يكون له كذا ههنا ثم اذا صح ايجاب الثلث له بطل حق الاول لما قلنا فان مات عقب عمرو بعد موت عمرو وقبل موت الموصى رجع الثلث الى الورثة لان الايجاب لهم قد صح لكونهم عقبا لعمرو فثبت الرجوع عن الاول ثم بطل استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصى فلا يبطل الرجوع ولو مات الموصى فى حياة عمرو فالثلث للموصى له لان الموصى قد مات ولم يثبت للموصى لهم اسم العقب بعد فبطل الايجاب لهم أصلا فبطل ما كان ثبت فى ضمنه وهو الرجوع عن الوصية الاولى ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر فى الاصل انه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا فاقال المعلى عن أبى يوسف فى نوادره قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية قال هذا رجوع منه وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية قال وسألت محمدا عن ذلك فقال لا يكون الجحد رجوعا وذكر فى الجامع اذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك اشهدوا أنى لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية فلان ولم يذكر خلافا فيجوز أن يكون ماذكر فى الاصل قول أبى يوسف وماذكر فى الجامع قول محمد ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان (وجه) ماذكر فى الجامع أن الرجوع عن الوصية يستدعى سابقية وجود الوصية والجحود انكار وجودها أصلا فلا يتحقق فيه معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعا ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقا ولان انكار الوصية بعد وجودها يكون كذبا محضا فكان باطلا لا يتعلق به حكم كالاقرار الكذب حتى لو أقر بجارية لانسان كاذبا والمقر له يعلم ذلك لا يثبت الملك حتى لا يحل وطؤها وكذا سائر الاقارير الكاذبة انها باطلة فى الحقيقة كذا الانكار الكاذب

(وجه)

(وجـه) ماذكر فى الاصـل ان معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وابطالها وفسخ العـقد كلام يدل على عدم الرضا بالعـقد السابق و بثبوت حكمه والجحود فى معناه لان الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به و بثبوت حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصـل معنى الرجوع و روى ابن رستم عن محمـد رحمه الله تعالى لوان رجلا اوصى بوصايا الى رجـل فقيـل له انك ستبرأ فاخر الوصـية فقال أخرتها فهـذا ليس برجوع ولو قيـل له اتركها فقال قد تركتها فهـذا رجوع لان الرجوع عن الوصية هو ابطال الوصـية والتأخـير لا ينبئ عن الابطال والترك ينبئ عنـه ألا يرى انه لو قال أخرت الدين كان تأجيلا له لا ابطالا ولو قال تركته كان ابراء روى بشر عـن أبى يوسف رحمـه الله تعالى فى رجـل أوصى بثلث ماله لرجـل مسمى وأخـبر الموصى أن ثلث ماله ألف أو قال هو هذا فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أباحنيفة رحمـه الله قال ان له الثلث من جميع ماله والتسمية التى سمى باطلة لا ينقض الوصية خطؤه فى ماله انما غلط فى الحساب ولا يكون رجوعا فى الوصية (وهـذا) قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لانه لما أوصى بثلث ماله فقد أتى بوصية صحيحة لان صحة الوصية لا تقف على بيان مقـدار الموصى به فوقعت الوصية صحيحة بدونه ثم بين المقدار وغلط فيه والغلط فى قدر الموصى به لا يقدح فى أصل الوصية فبقيت الوصية متعلقة بثلث جميع المـال ولانه يحتمل ان يكون هذا رجوعا عن الزيادة على القدر المذكور و يحتمل أن يكون غلطا فوقع الشك فى بطلان الوصـية فلا تبطل مع الشك على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك ولو قال أوصيت بغنمى كلها وهى مائة شاة فاذا هى أكثر من مائة وهى تخرج من الثلث فالوصية جائزة فى جميعها لما ذكرنا انه أوصى بجميع غنمه ثم غلط فى العدد قال ولو قال أوصيت له بغنمى وهى هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا فى القياس مثل ذلك ولـكنى أدع القياس فى هذا وأجعل له الغنم التى تسمى من الثلث لانه جمع بين التسمية والاشارة وكل واحد منهما للتعيين غـير ان هذه الاشارة أقوى لانها تحصر العين وتقطع الشركة فتعلقت الوصية بالمشار اليه فلا يستحق الموصى له غيره بخلاف ما اذا قال أوصيت له بثلث مالى وهو هذا وله مال آخر غيره انه يستحق ثلث جميع المال لان الاشارة هناك لم تصح لانه قال ثلث مالى والثلث اسم للشائع والمعين غير الشائع فلغت الاشارة فتعلقت الوصـية بالمسمى وهو ثلث المـال وههنا صحت وصية الاشارة وهى أقوى من التسمية فتعلقت الوصية بالمشار اليه ولو قال قد أوصيت لفلان برقيقى وهم ثلاثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم فى الثلث لانه أوصى برقيقه كلهم لـكنه غلط فى عددهم والغلط فى العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة ولو أوصى بثلث ماله لبنى عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم لانه جعل الثلث لبنى عمرو بن حماد ثم وصف بنيه وهم خمسة بانهم سبعة غلطا فيلغو الغلط و يلحق بالعدم كانه لم يتكلم به لانه لما قال وهم سبعة ولم يكونوا الا خمسة فقد أوصى لخمسة موجودين ولمعدومين ومتى جمع بين موجود ومعدوم وأوصى لهما يلغو ذكر المعدوم وتـكون الوصية للموجود كما لو قال أوصيت بثلث مالى لعمرو وخالد ابنى فلان فاذا أحدهما ميت ان الثلث كله للحى منهما كذا هذا وكذلك لو قال لبنى فلان وهم خمسة فاذا هم ثلاثة أو قال وهم سبعة فاذا هم ثلاثة أو اثنان لما قلنا ولو قال أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وله ثلاث بنين أو ابنان كان جميع الثلث لهم لان الثلاث يقال لهم بنون والاثنان فى هذا الباب ملحق بالجميع لان الوصية أخت الميراث وهناك الحق الاثنان بالثلاث فى حق استحقاق الثلثين كذا هذا ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث لانه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغة ولا له حكم الجماعة فى باب الوصية والميراث فلا يستحق الكل وانما صرف اليـه نصف الثلث لان أقل من يستحق كمال الثلث فى هذا الباب اثنان ولو كان معه آخر لصرف اليهما كمال الثلث فاذا كان وحده يصرف اليه نصف الثلث ولو قال قد أوصيت بثلث مالى لابنى فلان عمرو وحماد فاذا ليس له الا عمرو كان جميع الثلث له لانه جعل عمرا وحمادا بدلين عن قوله ابنى فلان كما يقال جاءنى أخوك عمرو والبدل عند أهل النحو هو الاعراض عن قوله الاول والاخـذ بالثانى فكان المعتبر هو الثانى والاول يلغو كما اذا قلت جاءنى أخوك زيد يصير كانك قلت جاءنى زيد واعتمدت عليه وأعرضت

عن قولك أخوك الى هذا ذهب الائمة من النحويين وهذا قول سيبويه واذا كان كذلك صار الموصى معتمدا على قوله عمرو وحماد معرضا عن قوله ابنى فلان فصار كأنه قال أوصيت بثلث مالى لعمرو وحماد وحماد ليس بموجود ولو كان كذلك لصرف كل الثلث الى عمرو وكذا ههنا والاشكال على هذا ان قوله عمرو وحماد كما يصلح ان يكون بدلا عن قوله ابنى فلان يصلح أن يكون عطف بيان والمعتبر فى عطف البيان المذكور أولا والثانى يذكر لازالة الجهالة عن الاول كما فى قول القائل جاءنى أخوك زيد اذا كان فى اخوته كثرة كان زيد مذكورا بطريق عطف البيان لازالة الجهالة المتمكنة فى قوله أخوك لكثرة الاخوة بمنزلة النعت واذا كان المعتبر هو المذكور أولا وهو قوله ابنى فلان فاذا لم يكن لفلان الا ابن واحد وهو عمرو فينبغى أن لا يكون له الا نصف الثلث والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا أولى لان فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تمليكه جميع الثلث وانه أوصى بتمليك جميع الثلث وفى الحمل على عطف البيان اثبات تمليك النصف فكان ما قلناه أولى على ان من شرط عطف البيان ان يكون الثانى معلوما كما فى قول القائل جاءنى أخوك زيد كان زيد معلوما فأزال به وصف الجهالة المعترضة فى قوله أخوك بسبب كثرة الاخوة وفى مسئلتنا الثانى غير معلوم لان اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما فيحصل به ازالة الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجعل بدلا للضرورة (ولو) قال أوصيت لبنى فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلث مالى فاذا بنو فلان ثلاثة فان لبنى فلان ثلاثة أرباع الثلث ولفلان ابن فلان ربع الثلث لما ذكرنا ان قوله وهم خمسة لغو اذا كانوا ثلاثة فبقى قوله أوصيت بثلث مالى لبنى فلان ولفلان ابن فلان فيكون الثلث بينهم أرباعا لحصول الوصية لأربعة فيكون بينهم ارباعا لاستواء كل سهم فيها (ولو) قال قد أوصيت لبنى فلان وهم ثلاثة بثلث مالى فاذا بنو فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لان قوله لبنى فلان اسم عام وقوله وهم ثلاثة تخصيص أى أوصيت لثلاثة من بنى فلان فصح الايصاء لثلاثة منهم غير معينين وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لانها محصورة مستدركة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لان تنفيذها ممكن كما لو أوصى لاولاد فلان وكما لو أوصى بثلث ماله وهو مجهول لا يدرى كم يكون عند موت الموصى بخلاف ما اذا أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لان تلك الجهالة غير مستدركة وكذا لو أوصى لقبيلة لا يحصون لانه لا يمكن حصرها والخيار فى تعيين الثلاثة من بنيه الى ورثة الموصى لانهم قائمون مقامه والبيان كان اليه لانه هو المبهم فلما مات عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما اذا أوصى لمواليه حيث لم تصح ولم تقم الورثة مقامه لان هناك تخلف المقصود من الوصية ولا يقف على مقصود الموصى انه أراد به زيادة فى الانعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة فلا يمكنهم التعيين وههنا الامر بخلافه واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه الوصية فقال ألا يرى ان رجلا لو قال أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فاذا بنو فلان غير الذين سماهم ان الوصية جائزة لمن سمى لانه خص البعض فكذا ههنا أوضح محمد رحمه الله تعالى جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين وانه ايضاح صحيح ولو قال قد أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وهم ثلاثة ولفلان ابن فلان فاذا بنو فلان خمسة فلفلان ابن فلان ربع الثلث لان قوله وهم ثلاثة صحيح لما ذكرنا انه تخصيص العام فصار موصيا بثلث ماله لثلاثة من بنى فلان ولفلان بن فلان فكان فلان رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة أرباعه لثلاثة من بنى فلان ولو أوصى لرجل بمائة ولرجل آخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة تقتضى التساوى وقد أضافها اليهما فيقتضى ان يستوى كل واحد منهما ولا تتحقق المساواة الا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما فى يده فيكون لكل واحد ثلثا المائة فتحصل المساواة وان أوصى لرجل بار بعمائة ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لان تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن فى هذه الصورة لاختلاف الانصباء فيتحقق التساوى على سبيل الانفراد تحقيقا لمقتضى الشركة بقدر الامكان (وكذا) لو أوصى لاثنين لكل واحد جارية ثم اشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لما ذكرنا

ان

ان اثبات الاستواء على سبيل الاجتماع غير ممكن (ولو قال) سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر ثلث مالى لفلان فاجازت الورثة فله ثلث المال لان الموصى أثبت الثلث فثبت وهو يتضمن السدس فثبت المتضمن به بثبوت المتضمن فيصير كانه أعاد الاول زيادة ولو قال سدس مالى لفلان وصية سدس مالى لفلان فانما هو سدس واحد لان الاصل ان المعرفة اذا كررت كان المراد بالثانى هو الاول والسدس ههنا ذكر معرفة لاضافته الى المال المعروف بالاضافة الى ضمير المتكلم والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بخاتم لفلان و بفصه لفلان آخر وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كانت الوصيتان فى كلام واحد متصل واما ان كانتا فى كلام منفصل فان كانتا فى كلام منفصل فالحلقة للموصى له بالخاتم والفص للموصى له بالفص بلا خلاف وان كانتا فى كلام منفصل فكذلك فى قول أبى يوسف وقيل انه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أيضا وقال محمد رحمه الله تعالى الحلقة للموصى له بالخاتم والفص بينهما (وجه) قوله ان الوصية بالخاتم تتناول الحلقة والفص و بالوصية لآخر بالفص لم يتبين ان الفص لم يدخل واذا كان كذلك بقى الفص داخلا فى الوصية بالخاتم واذا أوصى بالفص لآخر فقد اجتمع فى الفص وصيتان فيشتركان فيه و يسلم الحلقة للاول ولابى يوسف رحمه الله تعالى ان اسم الخاتم يتناول الفص الذى فيه اما بطريق التضمن لانه جزء من أجزاء الخاتم بمنزلة اسم الانسان انه يتناول جميع أجزائه بطريق التضمن واما بطريق التبعية لكن عند الاطلاق فاذا أفرد البعض بالوصية لآخر تبين انه لم يتناوله حيث جعله منصوصا عليه أو مقصودا بالوصية فبطلت التبعية لان الثابت نصا فوق الثابت ضمنا وتبعا والاصل فى الوصايا ان يقدم الاقوى فالاقوى وصار هذا كما اذا أوصى بعبده لانسان و بخدمته لآخر ان الرقبة تكون للموصى له الاول والخدمة للموصى له الثانى لما قلنا كذا هذا و بهذا تبين ان هذا ليس نظير اللفظ العام اذا ورد عليه التخصيص لان اللفظ العام يتناول كل فرد من أفراد العموم بحروفه فيصير كل فرد من أفراده منصوصا عليه وههنا كل جزء من أجزاء الخاتم لا يصير منصوصا عليه بذكر الخاتم ألا يرى ان كل جزء من أجزاء الخاتم لا يسمى خاتما كما لا يسمى كل جزء من أجزاء الانسان انسانا فلم يكن هذا نظير اللفظ العام فلا يستقيم قياسه عليه مع ما ان المذهب الصحيح فى العام انه يحتمل التخصيص بدليل متصل ومنفصل والبيان المتأخر لا يكون نسخا لا محالة بل قد يكون نسخا وقد يكون تخصيصا على ما عرف فى أصول الفقه على ان الوصية بالخاتم وان تناولت الحلقة والفص لكنه لما أوصى بالفص لآخر فقد رجع عن وصيته بالفص للاول والوصية عقد غير لازم ما دام الموصى حيا فيحتمل الرجوع ألا يرى انه يحتمل الرجوع عن كل ما أوصى به ففى البعض أولى فيجعل رجوعا فى الوصية بالفص للموصى له بالخاتم وعلى هذا اذا أوصى بهذه الامة لفلان و بما فى بطنها لآخر أو أوصى بهذه الدار لفلان و ببنائها لآخر أو أوصى بهذه القوصرة لفلان و بالتمر الذى فيها لآخر انه ان كان موصولا كان لكل واحد منهما ما أوصى له به بالاجماع وان كان مفصولا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا ولو أوصى بهذا العبد لفلان و بخدمته لفلان آخر أو أوصى بهذه الدار لفلان و بسكناها لآخر او بهذه الشجرة لفلان وثمرتها لآخر أو بهذه الشاة لفلان و بصوفها لآخر فلكل واحد منهما ما سمى له بلا خلاف سواء كان موصولا أو مفصولا لان اسم العبد لا يتناول الخدمة واسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجرة لا يتناول الثمرة لا بطريق العموم ولا بطريق التضمن لان هذه الاشياء ليست من أجزاء العين الا ان الحكم متى ثبت فى العين ثبت فيها بطريق التبعية لكن اذا لم يفرد التبع بالوصية فاذا أفردت صارت مقصودة بالوصية فلم تبق تابعة فيكون لكل واحد منهما ما أوصى له به أو تجعل الوصية الثابتة رجوعا عن الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة والوصية تقبل الرجوع وهذه المسائل حجة أبى يوسف فى المسئلة الاولى ولو ابتدأ بالتبع فى هذه المسائل ثم بالاصل بان أوصى بخدمة العبد لفلان ثم بالعبد لآخر أو أوصى بسكنى هذه الدار لانسان ثم بالدار لآخر او بالثمرة لانسان ثم بالشجرة لآخر فاذا ذكر موصولا فلكل واحد منهما ما أوصى له به وان ذكر مفصولا فالاصل للموصى له بالاصل والتبع بينهما نصفان لان الوصية الثابتة

تناولت الاصل والتبع جميعاً فقد اجتمع في التبع وصيتان فيشتركان فيه ويسلم الاصل لصاحب الاصل وهذا حجة محمد رحمه الله تعالى في المسئلة المتقدمة ولو أوصى بعبده لانسان ثم أوصى بخدمته لآخر ثم أوصى له بالعبد بعد ما أوصى له بالخدمة أو أوصى بخاتمه لانسان ثم أوصى بفصه لآخر ثم أوصى له بالخاتم بعد ما أوصى له بالفص أو أوصى بجاريته لانسان ثم أوصى بولدها لآخر ثم أوصى له بالجارية بعد ما أوصى له بولدها فالاصل والتبع بينهما نصفان نصف العبد لهذا ونصفه للآخر ولهذا نصف خدمته وللآخر نصف خدمته وكذا في الجارية مع ولدها والخاتم مع الفص لان الوصية لاحدهما بالاصل وصية بالتبع ويبطل حكم الوصية بالتبع بانفراده وصار كأنه أوصى لكل واحد بالاصل والتبع نصا ولو كان كذلك لاشتركا في الاصل والتبع كذا هذا فان كان أوصى للثاني بنصف العبد يقسم العبد بينهما أثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه لما أوصى له بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف لدخولها تحت الوصية بنصف العبد وبقيت وصيته بالخدمة في النصف الآخر وذكر ابن سماعة ان أبا يوسف رجع عن هذا وقال اذا أوصى بالعبد لرجل وأوصى بخدمته لآخر ثم أوصى برقبة العبد أيضاً لصاحب الخدمة فان العبد بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لانفراده بالوصية بالخدمة فوقع صحيحا فلا تبطل بالوصية بالرقبة فصار الموصى له الثاني موصى له بالرقبة والخدمة على الانفراد فيستحق نصف الرقبة لمساواته صاحبه في الوصية بها وينفرد بالوصية بالخدمة وقال لو أوصى لرجل بامة تخرج من الثلث واوصى لآخر بما في بطنها وأوصى بها أيضا للذى اوصى له بما في البطن فالامة بينهما نصفان والولد كله للذى اوصى له به خاصة لايشركه فيه صاحبه لما ذكرنا انهما تساويا في استحقاق الرقبة وانفرد صاحب الولد بالوصية به خاصة ولو اوصى بالدار لرجل واوصى ببيت فيها بعينه لآخر فان البيت بينهما بالحصص وكذا لو اوصى بالف درهم بعينها لرجل واوصى بمائة منها لآخر كان تسعمائة لصاحب الالف والمائة بينهما نصفان لان اسم الدار يتناول البيوت التى فيها بطريق الاصالة لا بطريق التبعية وكذا اسم الالف يتناول كل مائة منها بطريق الاصالة وكان كل واحد منهما أصلا في كونه موصى به فيكون بينهما وهذا مما لا خلاف فيه وانما الخلاف في كيفية القسمة فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على طريق المنازعة وعند ابى يوسف على طريق المضاربة فيقسم على احد عشر لصاحب المائة جزء من احد عشر في المائة ولصاحب الالف عشرة أجزاء في جميع الالف وكذلك الدار والبيت ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وساحته لآخر كان البناء بينهما بالحصص لان البيت لا يسمى بيتا بدون البناء فكانت وصية الاول متناولة للبناء بطريق الاصالة فيشارك الموصى له بالساحة بخلاف الوصية بدار لانسان وبنائها لآخر انهما لا يشتركان في البناء بل تكون العرصة للموصى له بالدار والبناء للآخر لان اسم الدار لا يتناول البناء بطريق الاصالة بل بطريق التبعية اذ الدار اسم للعرصة في اللغة والبناء فيها تبع بدليل انها تسمى دارا بعد زوال البناء فكان دخول البناء في الوصية بالدار من طريق التبعية فكانت العرصة للاول والبناء للثانى والله تعالى اعلم (واما) الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان أحدهما ان يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها كما اذا أوصى بسويق ثم لته بالسمن لان الموصى به اتصل بما ليس بموصى به بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما فثبت الرجوع ضرورة وكذا اذا وصى بدار ثم بنى فيها أو أوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه أو أوصى ببطانة ثم بطن بها أو بظهارة ثم ظهر بها لانه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه الا بالنقض ولا سبيل الى التكليف بالنقض لانه تصرف في ملك نفسه فجعل رجوعا من طريق الضرورة ويمكن اثبات الرجوع في هذه المسائل من طريق الدلالة أيضا لان اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تعذد التسليم مضافا الى فعله وكان رجوعا منه دلالة والثانى أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه سواء كان التغيير الى الزيادة أو الى النقصان كما اذا أوصى لانسان بثمر هذا النخل ثم مات الموصى حتى صار بسرا أو أوصى له بهذا البسر ثم صار رطبا أو أوصى بهذا العنب فصار زبيبا أو بهذا السنبل فصار حنطة أو بهذا القصيل فصار شعيرا أو بالحنطة المبذورة في

الارض

الارض فنبتت وصارت بقلا أو بالبيضة فصارت فرخا أو نحو ذلك ثم مات الموصى بطلت الوصية فيما أوصى به فيثبت الرجوع ضرورة هـذا اذا تغير الموصى به قبل موت الموصى لانه صار شيأ آخر لزوال معناه واسمه فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به وأما اذا تغير بعد موته فحكمه يذكر فى بيان ما تبطل به ان شاء الله تعالى ولو أوصى برطب هـذا النخل فصار بسرا فالقياس أن تبطل الوصية لتغير الموصى به وهو الرطب من الرطوبة الى اليبوسة وزوال اسمه وفى الاستحسان لا تبطل لان معنى الذات لم يتغير من كل وجه بل بقى من وجه ألا يرى ان غاصبا لو غصب رطب انسان فصار تمرا فى يده لا ينقطع حق المالك بل يكون له الخيار ان شاء أخذه تمرا وان شاء ضمنه رطبا مثل رطبه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الوصية فالوصية فى الاصل نوعان وصية بالمال ووصية بفعل متعلق بالمال لا يتحقق بدون المال أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك فى المال الموصى به للموصى له والمال قد يكون عينا وقد يكون منفعة و يتعلق بالملك فى كل واحد منهما أحكام أما ملك العين فحكم مطلق ملكه وحكم سائر الاعيان المملوكة بالاسباب الموضوعة لها سواء كالبيع والهبة والصدقة ونحوها فيملك الموصى له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتمليك من غيره بيعا وهبة ووصية لانه ملك بسبب مطلق فيظهر فى الاحكام كلها و يظهر فى الزوائد المتصلة أو المنفصلة الحادثة بعد موت الموصى سواء حدثت بعد قبول الموصى له أو قبل قبوله بان حدثت ثم قبل الوصية أما بعد القبول فظاهر لانها حدثت بعد ملك الاصل وملك الاصل موجب ملك الزيادة (وأما) قبل القبول فلان الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت لان الكلام السابق صار سببا لثبوت الملك فى الاصل وقت الموت لكونه مضافا الى وقت الموت فصار سببا عند الموت فاذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب فى ذلك الوقت كالجارية المبيعة بشرط الخيار للمشترى اذا ولدت فى مدة الخيار ثم أجاز المشترى البيع انه يملك الولد لما قلنا كذا هـذا وكانت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لان الملك فيها بواسطة ملك الاصل مضاف الى كلام سابق كانها كانت موجودة فى ذلك الوقت وهل يكون موصى بها بعد القبول قبل القسمة لم يذكر فى الاصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكون حتى لا يعتبر فيها الثلث و يكون فى جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لانها حدثت بعد ملك الاصل وقال عامتهم يكون لان ملك الاصل وان ثبت لكنه لم يتأكد بدليل انه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة وصارت الجارية بحيث لا تخرج من ثلث المال كانت له الجارية بقدر ثلث الباقى و يستوى فيما ذكرنا من الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل أو فى معنى المتولدة كالولد والارش والعقر وما لم يكن متولدا من الاصل رأسا كالكسب والغلة فرقا بين الوصية و بين البيع حيث الحق الكسب والغلة بالمتولد فى الوصية ولم يلحقهما فى البيع والفرق ان الكسب والغلة بدل المنفعة والمنفعة تملك بالوصية مقصودا فكذا بدلها بخلاف البيع ثم اذا صارت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث فان كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان للموصى له وان كان لا يخرجان جميعا من الثلث فعند أبى حنيفة رحمه الله يعطى للموصى له الجارية أولا من الثلث فان فضل من الثلث شئ يعطى من الزيادة بقدر ما فضل وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يعطى الثلث منهما جميعا بقدر الحصص (وجه) قولهما ان الزيادة ان صارت موصى بها صارت كالموجودة عند العقد فيعطى الثلث منهما جميعا أكثر ما فى الباب ان فيه تغيير حكم العقد فى الاصل بسبب الزيادة لكن هذا جائز كما فى الزيادة المتصلة ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان القول بانقسام الثلث على الاصل والزيادة اضرار بالموصى له من غير ضرورة وهذا لا يجوز بيان ذلك ان حكم الوصية فى الاصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له و بعد الانقسام لا تسلم الجارية له بل تصير مشتركة والشركة فى الاعيان عيب خصوصا فى الجوارى فيتضرر به الموصى له ولا ضرورة الى الحاق هذا الضرر لامكان تنفيذ الوصية فى الاصل بدون الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية فى الاصل بدون الزيادة لعدم امكان التمييز فمست الضرورة الى التنفيذ فيهما من الثلث وأما الزوائد الحادثة قبل موت الموصى فلا يملكها الموصى له لانها حدثت قبل

ملك الاصل وقبل انعقاد سبب الملك لان الكلام السابق انما يصير سببا عند الموت فاذا مات الموصي ملكها الورثة والله تعالى أعلم (وأما) ملك المنفعة بالوصية المضافة اليها مقصودا فيتعلق بها أحكام مختلفة فنذكرها فنقول وبالله التوفيق ان الملك في المنفعة ثبت موقتا لا مطلقا فان كانت الوصية مؤقتة الى مدة تنتهي بانتهاء المدة ويعود ملك المنفعة الى الموصى له بالرقبة ان كان قد اوصى بالرقبة الى انسان وان لم يكن يعود الى ورثة الموصي وان كانت مطلقة تثبت الى وقت موت الموصى له بالمنفعة ثم ينتقل الى الموصى له بالرقبة ان كان هناك موصى له بالرقبة وان لم يكن ينتقل الى ورثة الموصي وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار من غيره عندنا وعند الشافعي له ذلك (وجه) قوله ان الموصى له بالمنفعة قد ملك المنفعة كالمستأجر له أن يؤاجر من غيره كذا هذا ولهذا يملك الاعارة كذا الاجارة (ولنا) ان الثابت للموصى له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض فلا يحتمل التمليك بعوض كالملك الثابت للمستعير بالاعارة حتى لا يملك الاجارة كذا هذا أو يخدم العبد بنفسه ولو أوصى بغلة الدار والعبد فاراد أن يسكن بنفسه أو يستخدم العبد بنفسه هل له ذلك لم يذكر في الاصل واختلف المشايخ فيه قال أبو بكر الاسكاف له ذلك وقال أبو بكر الاعمش ليس له ذلك وهو الصحيح لانه أوصى له بالغلة لا بالسكنى والخدمة وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون أهل الموصى له في غير الكوفة فله أن يخرجه الى أهله ليخدمه هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية بالخدمة تقع على الخدمة المعهودة المتعارفة وهي الخدمة عند أهله فكان ذلك مأذونا فيه دلالة لأن لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة وانما يمكنه اذا كانت الخدمة بحضرته هذا اذا كان العبد يخرج من الثلث فان كان لا يخرج من الثلث فليس له أن يخرجه الى مصر آخر لانه اذا لم يكن له مال آخر سواه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين فيكون كالعبد المشترك فلا يملك اخراجه لما في الاخراج من ابطال حق الورثة وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان ذلك مال العبد والعبد في الحقيقة لصاحب الرقبة فكان كسبه له قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لبائعه الا أن يشترطه المبتاع ولو كان مكان العبد أمة فولدت ولدا فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة والرقبة له ولانه أوصى له بخدمة شخص واحد فلا يستحق خدمة شخصين ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة ان كان العبد كبيرا لان منفعته له فكانت النفقة والكسوة عليه اذ الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقة العبد المستعار على المستعير كذا هذا بخلاف العبد الرهن ان نفقته على الراهن لا على المرتهن لان منفعته للراهن ألا يرى انه لو هلك يسقط عنه من الدين بقدره وكذا له ان يفتكه في أي وقت شاء فينتفع به وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة الى أن يدرك الخدمة ويصير من أهلها لانه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال ومنفعة النماء والزيادة لصاحب الرقبة فكانت النفقة عليه حتى يبلغ الخدمة فاذا بلغ فنفقته على صاحب الخدمة لان المنفعة تحصل له وعلى هذا اذا أوصى بغلة نخل أو لرجل ولآخر برقبته ولم تدرك أو لم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لانها اذا لم تدرك أو لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها فلا يكون عليه نفقتها وكانت على صاحب الرقبة لاصلاح ملكه الى أن تثمر فاذا أثمرت فقد صارت منتفعا بها في حق صاحب الغلة فكانت عليه نفقتها فان حملت عاما واحدا ثم حالت ولم تحمل شيئا فالقياس أن لا يكون عليه نفقتها في العام الذي حالت فيه لانه لا ينتفع بها فيه وفي الاستحسان عليه نفقتها لان بانعدام حملها عاما لا تعد منقطعة المنفعة لان من الاشجار ما لا يحمل كل عام ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء وكذا الاشجار لا تخرج الا في بعض فصول السنة ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء حتى كانت نفقتها على الموصى له بالغلة فكذا هذا فان لم ينفق الموصى له بالغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت فانه يستوفي نفقته من ذلك الحمل وما يبقى من الحمل فهو لصاحب الغلة لانه فعل ذلك مضطر الاصلاح ملك نفسه ودفع الفساد عن ماله فلم يكن متبرعا فله أن يرجع فيما حملت لانه انما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته ولو هلكت الغلة قبل أن تصل الى صاحب الغلة ليس له أن يرجع عليه بما أنفق لان هذا ليس بدين واجب

عليه وانما هو شئ يفتى به ولا يقضي ولو جنى العبد جناية فالفداء على صاحب الخدمة لان منفعة الرقبة له فكان الفداء عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وصار كعبد الرهن اذا جنى جناية ان الفداء على المرتهن لانه هو المنتفع به بحبسه في دينه أو يقال ان الفداء على صاحب الرقبة لان الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له ولكن يقال لصاحب الخدمة ان حقك يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع وان أردت أن تحيي حقك فافد وهكذا يقال للمرتهن في العبد الرهن اذا جنى لان الرقبة للراهن فاذا فدى صاحب الخدمة فقد طهره عن الجناية فتكون الخدمة على حالها وان أبى ان يفدي يقال لصاحب الرقبة ادفعه أو افده لان الرقبة له وأي شئ اختاره بطل حق صاحب الخدمة في الخدمة أما اذا دفع فلا شك فيه لانه بطل ملك الموصى له بالخدمة بالدفع فلا يستحق الخدمة على ملك غيره وكذلك اذا أفدى لانه يصير كالمشتري منهم الرقبة فيتجدد الملك و يبطل حكم الملك الاول فيه فان مات صاحب الخدمة وقد فدى قبل ذلك بطلت وصيته لما قلنا ان ملك المنفعة بالوصية بمنزلة ملك المستعير والعارية تبطل بموت المستعير لان المعير ملك المنفعة منه لا من غيره كذا ههنا و يقال لصاحب الرقبة أد الى ورثته الفداء الذي فدى لانه تبين ان الفداء كان عليه لا على صاحب الخدمة لانه انما التزم ذلك على ظن ان كل منفعة الرقبة مصروف اليه ومتى ظهر انه مصروف الى غيره ظهر انه على غيره فتبين انه تحمل عن غيره وهو صاحب الرقبة احياء الملك وهو مضطر فيه فرجع عليه (وليس) لصاحب الرقبة ان ينتفع به ما لم يدفع اليهم ما دفع صاحب الخدمة من الفداء فان أبى صاحب الرقبة دفع ذلك الفداء الى ورثة صاحب الخدمة بيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عتقه لان هذا الدين وجب بسبب كان في رقبته فصار كسائر الديون ولو لم يجن العبد ولكن قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته يشترى بها عبد ايخدم صاحب الخدمة لان البدل يقوم مقام المبدل كالعبد الرهن اذا قتل في يد المرتهن وغرم القاتل قيمته يكون رهنا مكانه بخلاف العبد المستأجر اذا قتل وغرم القاتل القيمة انه لا يشترى بها عبدا آخر حتى يستعمله المستأجر لان القاتل يغرم القيمة دراهم أو دنانير والدراهم والدنانير لا يجوز استئناف عقد الاجارة عليها فلا يبقى عليها العقد فتبطل و يجوز استئناف عقد الوصية على الدراهم والدنانير فجاز ان تبقى عليها فيشترى بها عبد آخر يقوم مقام الاول (وان) كان القتل عمدا فلا قصاص على القاتل الا ان يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك فصار كعبد بين شريكين قتل عمدا انه لا ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص كذا هذا وان اختلفا في ذلك بأن طلب أحدهما القصاص ولم يطلب الآخر سقط القصاص للشبهة وصار مالا فصار بمعنى الخطأ فيشترى به عبدا للخدمة كما لو كان القتل خطأ (ولو) فقأ رجل عينيه أو قطع يديه دفع اليه العبد وأخذ قيمته صحيحا فاشترى بها عبدا مكانه لان فقء العينين وقطع اليدين بمنزلة استهلاكه الا انه مما يصلح خراجا بضمان فيضمن قيمته و يأخذه خراجا بضمانه ثم يفعل بالقيمة ما وصفنا وهو ان يشترى بها عبدا للخدمة (ولو) فقئت عينه أو قطعت يده أو شج موضحة فادى القاتل ارش ذلك فهذا على وجهين اما ان كانت الجناية تنقص الخدمة واما ان كانت لا تنقص فان كانت تنقص فان اتفق الموصى له بالرقبة والموصى له بالخدمة على ان يشتريا بالارش عبدا بان كان الارش يبلغ قيمة عبد حتى يخدم الموصى له بالخدمة مع العبد الاول فعلا ذلك وجاز (وان) اتفقا على ان يباع هذا العبد و يضم ثمنه الى ذلك الارش فاشتريا بهما عبدا آخر جاز أيضا لان الجناية اذا كانت تنقص الخدمة كان لكل واحد منهما حق في ذلك الارش فكان لهما ان يتفقا على أحد هذين الشيئين (وان) اختلفا ولم يتفقا فلا يباع العبد الموصى به لان لكل واحد منهما حق فلا يباع الا برضاهما و يشترى بالارش عبد لخدمتهما حتى يقوم مقام الجزء الفائت فان لم يؤخذ بالارش عبد يوقف ذلك حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا على ان يقتسماه نصفين جاز لان الحق لهما واذا اقتسماه جاز ذلك (وان لم) يصطلحا لا يقضي القاضي بشئ ولكن يوقف ذلك المال وان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فوصيته على حالها والارش لصاحب الرقبة لان الارش بدل جزء من أجزاء الرقبة فيكون لمالك الرقبة (ولو) كان لرجل

ثلاثة أعبد فأوصى برقبة أحدهم لرجل وأوصى بخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الذى أوصى بخدمته خمسمائة وقيمة الذى أوصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقى ألف درهم فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم والاصل ان الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث كالوصية بالرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث فيعتبر من الثلث واذا عرف هذا فجميع مال الميت ألف وثمانمائة درهم ثلثها ستمائة وجميع سهام الوصايا ثمانمائة فاذا زادت سهام الوصايا على ثلث المال مائتين وذلك بالنسبة الى سهام الوصايا ربعها فينقص من وصية كل واحد منهما مثل ربعها وينفذ فى ثلاثة أرباعها فيكون ثلاثة أرباع وصيتهما وثلث المال سواء فأما قيمة العبد الموصى له برقبته فثلثمائة فينقص منه ربعها وذلك خمسة وسبعون وينفذ الوصية فى ثلاثة أرباعها وذلك مائتان وخمسة وعشرون وقيمة العبد الموصى له بخدمته خمسمائة فينقص منه ربعها وذلك مائة وخمسة وعشرون وتنفذ الوصية فى ثلاثة أرباعها وذلك ثلاثمائة وخمسة وسبعون فيضم الى وصية صاحب الرقبة وذلك مائتان وخمس وعشرون فيصير ستمائة وذلك ثلث المال وخمسة وسبعون من العبد الموصى برقبته ومائة وخمسة وعشرون من العبد الموصى بخدمته يضم الى العبد الباقى وقيمته ألف درهم فصار ألفا ومائتين وذلك ثلثا المال فاستقام على الثلث والثلثين (واذا) نفذت الوصية فى ثلاثة أرباع العبد الموصى بخدمته يخدم الموصى له ثلاثة أيام والورثة يوما واحدا فان مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان وصية صاحب الخدمة قد بطلت بموته وبقيت وصية صاحب الرقبة وهى تخرج من الثلث فتكون له (وكذلك) ان مات العبد الذى كان يخدمه كان العبد الآخر كله لصاحب الرقبة لان التوزيع والتقسيم انما كان بينهما لثبوت حقهما فاذا ذهب أحدهما صار كانه أوصى له وحده فيعتبر من الثلث وهو يخرج من الثلث (ولو) كانت قيمة العبيد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر لان قيمة العبد خمسمائة وقيمة العبدين للذين أوصى بهما ألف درهم قيمة كل واحد خمسمائة فصار ثلث ماله خمسمائة فيقسم الثلث بينهما فصح من وصية كل واحد منهما نصفان فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة وللموصى له بالخدمة نصف الخدمة يخدمه يوما والورثة يوما (وانما) يضرب لصاحب الخدمة كما يضرب صاحب الرقبة لما ذكرنا انه أوصى بحبس الرقبة عن الوارث فكأنه أوصى بالتمليك لانقطاع حق الورثة فهى والوصية بالتمليك سواء (ولو) أوصى بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بخدمة الآخر فيكون كالباب الذى قبله (وهذا) قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان الموصى له بالرقاب فى الحكم كانه أوصى له برقبتين لان العبد الذى أوصى بخدمته لغيره هو ممنوع لانه مشغول بحق غيره فادام مشغولا جعل كأنه لم يوص له به (ومن) أصل أبى حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالموصى له بالعبدين ههنا لا يضرب الا بالثلث وهو عبد واحد والموصى له بالخدمة يضرب ايضا بعبد واحد فيصير الثلث بينهما نصفين لكل واحد منهما نصف الرقبة فالذى أوصى له بالعبدين له نصف العبد فى العبدين جميعا لان حقه فى العبدين فيكون له من كل عبد ربعه والموصى له بالخدمة له نصف العبد الذى أوصى له بخدمته يخدم الموصى له يوما والورثة يوما كما فى الفصل الاول (وأما) على قولهما الموصى له بالرقاب يضرب بالعبدين والموصى له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد فيصير الثلث بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الرقاب وسهم لصاحب الخدمة فلما صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان على ستة والجميع تسعة كل عبد ثلاثة أسهم فللموصى له بالرقاب سهمان فى العبدين من كل رقبة سهم وللموصى له بالخدمة سهم فى العبد الذى أوصى له بخدمته يخدم العبد الموصى به للموصى له بالخدمة يوما وللورثة يومين فحصل للموصى لهما ثلاثة أسهم وللورثة ستة أسهم (ولو) كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لان كل واحد منهما يصل الى تمام حقه ولو لم يكن له مال غيرهم فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم

لفلان

لفلان. فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث فى خدمة ذلك العبد يخدمه ثلاثة أيام و يخدم الورثة يومين فيكون للآخر خمس الثلث فى العبدين الباقيين فى كل واحد منهما خمس رقبته (وجه) ذلك ان الموصى له بالرقاب لا حق له فى العبد الذى أوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا فصار كانه أوصى بخدمة أحدهم لرجل و بثلث العبدين الآخرين لرجل فاجعل كل ثلث سهما فيضرب صاحب الرقبة بثلث كل عبد وذلك سهمان و يضرب صاحب الخدمة بالجميع وذلك ثلاثة أسهم فاجعل ثلث المال على خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة سهمان فى كل عبد من العبدين سهم. ولصاحب الخدمة ثلاثة أسهم فى العبد الموصى له بخدمته فيخدمه ثلاثة أيام وللورثة يومين فجميع ما حصل للموصى لهما خمسة أسهم سهمان للموصى له بالرقبة وثلاثة أسهم للموصى له بالخدمة و جميع ما حصل للورثة عشرة أسهم ثمانية أسهم فى العبدين فى كل عبد أربعة وسهمان من العبد الموصى له بالخدمة فاستقام على الثلث والثلثين ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب و بخدمة احدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال غيرهم له قسم الثلث بينهما نصفين و وجه ذلك ان العبد الموصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه لانه أوصى له بثلث ماله وخدمة العبد مال ألا ترى ان من أوصى لآخر بخدمة عبده اعتبر ذلك من الثلث بخلاف ما ذكرنا فى المسألة الاولى انه اذا أوصى له بثلث الرقاب ان الموصى له بالرقاب لا حق له فى العبد الذى اوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا لانه أوصى له بالرقبة والخدمة ليست من الرقبة فى شىء وههنا أوصى له بالمال والخدمة مال فلذلك قلنا انه اذا اجتمع فى العبد الموصى بخدمته وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه فالثلثان لصاحب الخدمة بلا منازعة والثلث بينهما نصفان فيجعل العبد على ستة أسهم أربعة أسهم خلت عن دعوى صاحب الثلث وسلمت لصاحب الخدمة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهما فيهما فينقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الخدمة خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فاذا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبدان الآخران على اثنى عشر فثلثها أربعة ضمت الى ستة فتصير عشرة فهذه جملة وصاياهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه عشرون وجميع المال ثلاثون فيتبين ان كل عبد صار عشرة فالعبد الموصى بخدمته عشرة يخدم الموصى له بخدمته خمسة أيام وللورثة أربعة أيام و يخدم صاحب الثلث يوما ولصاحب الثلث من العبدين الآخرين أربعة أسهم فتصير الوصية عشرة ستة فى العبد الموصى بخدمته وأربعة أسهم فى العبدين الباقيين وللورثة عشرون فى كل عبد من الباقيين ثمانية أسهم وأربعة من الموصى بخدمته فاستقام على الثلث والثلثين وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فانهما يسلكان مسلك العول. فالعبد الذى أوصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم وصار هذا العبد على أربعة فلما صار هذا العبد على أربعة صار العبدان الآخران كل واحد منهما على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول فى ذلك فالثلث بينهما سهمان ضمه الى أربعة فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فتبين ان العبد الموصى بخدمته صار على ستة يخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللآخر يوما وللورثة يومين وللموصى له بالثلث من العبدين الآخرين سهمان فصارت الوصية ستة أربعة أسهم فى العبد الموصى له بخدمته وسهمان فى العبدين وللورثة اثنا عشر سهما سهمان فى العبد الموصى له بخدمته وعشرة أسهم فى العبدين فاستقام على الثلث والثلثين ولو أوصى بخدمة عبده لرجل و بغلته لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا وعليه طعامه و لصاحب الغلة شهرا وعليه طعامه وكسوته عليهما نصفان وانما كان كذلك لانه أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة لانه لا يمكن الاستخدام الا بعد حبسها والوصية بالغلة أيضا وصية بالرقبة لانه لا يمكن استغلاله الا بعد حبس الرقبة فقد أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة وحظهما سواء فيخدم هذا شهرا و يستغله الآخر شهرا لان العبد مما لا يمكن قسمته بالاجزاء فيقسم بالايام وطعامه فى مدة الخدمة على صاحب

الخدمة لانه هو الذى ينتفع به دون صاحب الغلة والنفقة على من يحصل له المنفعة وفى مدة الغلة على صاحب الغلة لان منفعته فى تلك المدة تحصل له (وأما) الكسوة فعليهما جميعا لان الكسوة لا تتقدر بهذه المدة لانها تبقى أكثر من هذه المدة ولا تتجدد الحاجة اليها بانقضاء هذا القدر من المدة كما تتجدد الى الطعام فى كل وقت وهما فيه سواء فكانت الكسوة عليهما لهذا المعنى فان جنى هذا العبد جناية قيل لهما افدياه لان منفعته لهما فيخاطبان به كما يخاطب به المرتهن فى العبد المرهون فان فدياه كانا على حالهما وان أبيا الفداء ففداه الورثة بطلت وصيتهما لانهما لما أبيا الفداء فقد رضيا بهلاك الرقبة فبطل حقهما والله تعالى أعلم ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم ولآخر بثلث ماله ولا مال له غير العبد فان ثلث المال بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه أوصى للموصى له بالغلة بجميع الرقبة اذ لا يمكن استيفاء ذلك من غلته فى كل شهر الا بحبس الرقبة والمذهب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالثلث يكون بينهما لكل واحد منهما السدس ويخرج الحساب من ستة فالثلث وذلك سهمان يكون بينهما سهم لصاحب الثلث يعطى له من الرقبة وسهم لصاحب الغلة يستغل وحسبت عليه غلته وينفق عليه منها كل شهر درهما لانه هكذا أوصى وأربعة أسهم من الرقبة للورثة فاذا مات الموصى له بالغلة وقد بقى من الغلة شىء رد ذلك الى صاحب الرقبة وكذلك ما حبس له من ثمن الرقبة يرد على صاحب الرقبة لانه بطلت وصيته بموته فيرجع ذلك الى صاحب الرقبة وعلى قولهما يقسم الثلث بينهما على أربعة صاحب الغلة يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم ولو أوصى لرجل بغلة داره ولآخر بعبد ولآخر بثوب فهذه المسئلة على وجهين اما أن تخرج هذه الاشياء كلها من الثلث أو لا تخرج من الثلث فان كانت تخرج من الثلث اخذ كل واحد منهم ما أوصى له به لانه أوصى بالجميع والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتها على ما بينا وان كانت لا تخرج من الثلث لكن الورثة اجازوا فكذلك وان لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بقدر حقه الا ان تكون وصية أحدهم تزيد على الثلث فلا يضرب بالزيادة على قول أبى حنيفة رحمه الله واذا مات صاحب الغلة بطلت وصيته وقسم الثلث بين ما بقى منهم لما ذكرنا ولو أوصى بغلة داره لرجل وبسكناها لآخر وبرقبتها لآخر وهى الثلث فهدمها رجل بعد موت الموصى غرم قيمة ما هدمه من بنائها ثم تبنى مساكن كما كانت فتؤاجر ويأخذ غلتها صاحب الغلة ويسكنها الآخر لان الوصية بالغلة والسكنى لا تبطل بهدم الدار لقيام القيمة مقام الدار كما قلنا فى العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل أن الوصية لا تبطل ويشترى بقيمته عبدا آخر لخدمته وكذا البستان اذا أوصى بغلته لرجل وبرقبته لآخر فقطع رجل نخله أو شجره يغرم قيمتها فيشترى بها اشجارا مثلها فتغرس فاذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بغلة داره وقيمة الدار الف درهم وله الفا درهم سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقى من المال والدار خمس ذلك فى الدار وأربعة اخماسه فى المال (ووجه) ذلك أن يقول ان الوصية بثلث المال وصية بثلث الغلة أيضا لان الغلة مال الميت يقضى منه ديونه واذا كان كذلك فالدار تخرج من ثلث ماله لان قيمة الدار الف درهم وله ألفا درهم سوى ذلك فقد اجتمع فى الدار وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلثها فيجعل الدار على ثلاثة ويقسم بينهما على طريق المنازعة وصاحب الثلث لا يدعى أكثر من الثلث وهو سهم واحد والثلثان سهمان لصاحب الغلة وهو صاحب الجميع بلا منازعة لان الوصية بالغلة وصية بجميع الدار على ما ذكرنا انه يحبس جميع الدار لاجله واستوت منازعتهما فى سهم واحد وكان بينهما فانكسر على سهمين فاضرب سهمين فى ثلاثة فيصير ستة فصاحب الثلث لا يدعى أكثر من سهمين وأربعة أسهم خلت عن دعواه وسلمت لصاحب الجميع وهو صاحب الغلة بلا منازعة واستوت منازعتهما فى سهمين فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم واذا صارت الدار وهى الثلث على ستة والالفان اثنا عشر فلصاحب الثلث من ذلك الثلث أربعة أسهم فضمها الى ستة تصير سهام الوصايا عشرة وجملة ذلك ثلاثون فنقول ثلث المال عشرة فنقسمها بينهم لصاحب الغلة خمسة أسهم كلها فى الدار

ولصاحب الثلث خمسة أسهم أربعة أسهم فى الالفين وسهم فى الدار فهذا معنى قوله فى الاصل لصاحب الغلة نصف غلة الدار وذلك خمسة لانا جعلنا الدار على عشرة ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة أربعة أخماسه فى المال وخمس ذلك فى الدار وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما تقسم الدار على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب الثلث يضرب بالثلث ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بسهم فاجعل الدار على أربعة أسهم واذا صارت الدار على أربعة أسهم مع العول صار كل الف من الالفين على ثلاثة من غير عول فالالفان تصير ستة أسهم فللموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك سهمان ضم ذلك الى أربعة أسهم فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فللموصى له بثلث المال ثلث الالفين وذلك أربعة أسهم من اثنى عشر وذلك ثلثا الثلث لانا جعلنا الثلث على ستة أسهم وأربعة أسهم من سته ثلثاه وهذا معنى قوله فى الاصل وان شئت قلت ثلثا ذلك فى ثلث المال وقال ايضا ثلاثة فى الدار لانك جعلت الدار على ثلاثة قبل العول وللموصى له بالثلث سهم من الدار وذلك ثلث الدار فان مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لانه لما مات الموصى له بالغلة بطلت وصيته وصار كانه لم يوص له بشئ وانما أوصى لصاحب الثلث بثلث المال والدار فيكون له ذلك وان استحقت الدار بطلت وصيـة صاحب الغلة وأخذ صاحب الثلث ثلث المال لانه لا يملك استغلالها بعد استحقاقها ولو لم يستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك فيها ويبنى صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم لان ذلك مشترك بينهم فيبنى كل واحد نصيبه وأيهم أبى أن يبنى لم يجبر على ذلك لان الانسان لا يجبر على اصلاح حقه ولم يمنع الآخر أن يبنى نصيبه من ذلك ويؤاجره ويسكنه لان الذى امتنع من البناء رضى ببطلان حقه فلا يوجب ذلك بطلان حق صاحبه وليس هذا كالسفل اذا كان لرجل وعلوه لآخر فانهدما وابى صاحب السفل أن يبنى سفله أنه يقال لصاحب العلو ابن سفله من مالك ثم ابن عليه العلو فاذا أراد صاحب السفل أن ينتفع بالسفل فامنعه حتى يدفع اليك قيمة السفل لان هناك لا يمكن بناء العلو الا بعد بناء السفل فكان لصاحب العلو أن يبنى سفله حتى يمكنه بناء العلو عليه فأما ههنا فيمكن أن يقسم عرصة الدار فيبنى كل واحد منهم فى نصيبه ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بغلتها فادعاها رجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى أنه أقر بها للميت لم تجز شهادته لانه يجر بشهادته الى نفسه مغنما لانه لو قبلت شهادته لنسلمت له الوصية ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا شهد للميت بمال أو بقتل خطأ لا تقبل شهادته لانه مهما كثر مال الميت كثرت وصيته وكان بشهادته جار المغنم الى نفسه فلا تقبل ولو أوصى لرجل بثلث غلة بستانه أبدا ولا مال له غيره فقاسم الورثة البستان فأغل أحد النصيبين ولم يغل الآخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان قسمته وقعت باطلة لان الموصى له بالغلة لا يملك رقبة البستان والقسمة فيما ليس يملك له باطلة والثمرة غير موجودة وانما حدثت بعد ذلك وقسمة المعدوم باطلة وللورثة أن يبيعوا ثلثى البستان فيكون المشترى شريك صاحب الغلة أراد به أنه يبيع ثلثى البستان مشاعا لان الثلث مشغول بحق صاحب الغلة والورثة ممنوعون عن ذلك الثلث مادام الموصى له حيا فاذا كان هكذا فلا يجوز البيع الا فى مقدار نصيبهم وروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لا يجوز بيع نصيبهم لان ذلك ضرر بالموصى له لانه تنقص الغلة وتعيب ولو أوصى بغلة بستانه الذى فيه لرجل وأوصى له بغلته أيضا أبدا ثم مات الموصى ولا مال له غيره والغلة القائمة للحال تساوى مائة درهم والبستان يساوى ثلثمائة درهم فللموصى له ثلث الغلة التى فيه وثلث مايخرج من الغلة فيما يستقبل أبدا لانه أوصى له هكذا فانه أوصى له بالغلة القائمة للحال وبالغلة التى تحدث أبدا فيعتبر فى كل واحد منهما ثلثه ولا يسلم اليه كل الغلة القائمة فى الحال وان كان يخرج من ثلث المال لانه أوصى له أيضا بثلث مايخرج من بستانه فيما يستقبل واذا ضمت تلك الوصية الى هذه الوصية زادت الوصية على الثلث ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة

ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة لرجل فأغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة تحبس و ينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية بجميع الغلة لجواز أن يطول عمره فيستوفى ذلك كله فلذلك جاز فى ثلثه وتحبس غلته حتى ينفق عليه كل سنة عشرون درهما الى أن يموت ولو أوصى أن ينفق عليه أربعة كل شهر من عرض ماله وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له غير البستان فثلث غلة البستان بينهما نصفين يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الموصى أو على يد ثقة ان لم يكن هناك وصى و ينفق على كل واحد منهما كما سمى وكذلك الوصية بانفاق درهم ولا عبرة بالاقل والاكثر لجواز أن يعيش صاحب الأقل أكثر مما يعيش صاحب الاكثر فيباع سدس الغلة لكل واحد منهما و يوقف ثمنه و ينفق على كل واحد منهما ما سمى له لانه أوصى لاحدهما أن ينفق عليه من عرض ماله والبستان ماله ولا يسلم المال اليهما بل يوضع على يد الموصى فان لم يكن له وصى فالقاضى يضعه على يد ثقة عدل لانه أمر بالانفاق عليهما ولم يوص بدفع المال اليهما فان ماتا وقد بقى شئ من المال رد على ورثة الموصى لان الوصية قد بطلت بموته فيعود الى الورثة وكذلك لو قال ينفق على فلان أربعة وعلى فلان وفلان خمسة حبس السدس على المنفرد والسدس الآخر على المجموعين فى النفقة لانه أضاف الاربعة الى شخص واحد وأضاف الخمسة الى شخصين لانه جمعهما فى الوصية فصار كانه أوصى بان ينفق على فلان أربعة وعلى فلان خمسة لذلك يقسم الثلث بينهم سدس يوقف للمنفرد وسدس للمجموعين ولو أوصى بغلة بستانه لرجل و بنصف غلته لآخر وهو ثلث ماله قسم ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة لان الوصية بالزيادة على الثلث لاتجوز فيصير كانه أوصى لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما لاستوائهما ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله فانه يقسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان صاحب النصف لايدعى الا النصف فالنصف خلا عن دعواه فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وذلك أربعة فصاحب النصف لايدعى أكثر من سهمين فسهمان خليا عن دعواه سلما لصاحب الجميع بلا منازعة وسهمان آخران استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع ثلاثة أسهم ولصاحب النصف سهم وعلى قولهما يقسم على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب النصف يضرب بالنصف والحساب الذى له نصف سهمان فصاحب الجميع يضرب بسهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الجميع وسهم لصاحب النصف ولو أوصى لرجل بغلة بستانه وقيمته ألف درهم ولآخر بقيمة عبده وقيمته خمسمائة وله سوى ذلك ثلثمائة فالثلث بينهما على أحد عشر سهما فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لصاحب العبد خمسة أسهم فى العبد ولصاحب البستان ستة أسهم فى غلته لان جميع ماله ألف درهم وثمانمائة درهم والثلث من ذلك ستمائة ووصية صاحب البستان ألف درهم وذلك أكثر من الثلث ومن مذهب أبى حنيفة رحمه الله ان الموصى له بأكثر من الثلث لايضرب الا بالثلث فاطرح مازاد على ستمائة لان ذلك زيادة على الثلث فصاحب البستان يضرب بستمائة وصاحب العبد يضرب بخمسمائة فاجعل ثلث المال وهو ستمائة على أحد عشر سهما لصاحب البستان ستة أسهم ولصاحب العبد خمسة أسهم فما أصاب صاحب البستان كان فى البستان فى غلته وما أصاب صاحب العبد كان فى العبد وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى قولهما صاحب البستان يضرب بجميع البستان وهو الف وصاحب العبد بخمسمائة فيقسم ثلث المال بينهما أثلاثا على طريق العول ولو أوصى لرجل بغلة ارضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فانها تؤاجر فتكون تلك الغلة له ولو كان فيها شجر اعطى ثلث مايخرج منها لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الاجرة فان كان فيها ثمر انصرفت الوصية الى مايخرج منها لان الغلة فى الحقيقة اسم لما يخرج اذا كان

فى

فى الارض أشجار وان لم يكن فيها شجر فالوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير وذلك هى الاجرة فان قيل اذا لم يكن فى الارض شجر فينبغى ان يزرعها فيستوفى زرعها فالجواب انه لو زرع لحصل له ملك الخارج ببذره والموصى به غلة أرضه لا غلة بذره ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ولآخر برقبتها وهى تخرج من الثلث فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع جاز و بطلت وصية صاحب الغلة ولا حق له فى الثمن أما جواز الوصية بالغلة فلما ذكرنا فيما تقدم وأما جواز بيع الرقبة من صاحبها اذا سلم صاحب الغلة المبيع فلان ملك الرقبة لصاحب الرقبة وانه يقتضى النفاذ الا ان حق صاحب الغلة متعلق به فاذا أجاز فقد رضى بابطال حقه فزال المانع فنفذ و بطلت وصية صاحب الغلة لانه انما اوصى له بالغلة فى ملك الموصى له بالرقبة وقد زال ملكه عن الرقبة ولا حق له فى الثمن لان الثمن بدل الرقبة ولا ملك له فى الرقبة ولو أوصى له بغلة بستانه فأغل البستان سنتين قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم يكن للموصى له من تلك الغلة شئ انما له الغلة التى فيه يوم يموت لما ذكرنا ان الوصية ايجاب الملك عند الموت فيكون له الثمرة التى فيه يوم الموت وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشراء و بطلت الوصية لانه ملك العين بالشراء فاستغنى بملكها عن الوصية كمن استعار شيأ ثم اشتراه انه تبطل الاعارة وكمن تزوج أمة انسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا كذا هذا وكذلك لو أعطوه شيأ على ان يبرأ من الغلة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد اذا صالحوه منه على شئ جاز وتبطل الوصية لان له حقا وقد أسقط حقه بعوض فجاز كالخلع والطلاق على مال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الوصية بأمر متعلق بالمال فالوصية بالعتق والوصية بالاعتاق والوصية بالانفاق والوصية بالقرب من الفرائض والواجبات والنوافل (أما) الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعد موت الموصى بلا فصل كما اذا قال وهو مريض أو صحيح أنت حر بعد موتى أو قال دبرتك أو أنت مدبر او ان مت من مرضى هذا أو فى سفرى هذا فأنت حر فمات من مرضه ذلك أو سفره ذلك يعتق من غير الحاجة الى اعتاق أحد لان معنى ذلك أنت حر بعد موتى أو بعد موتى من هذا المرض أو فى هذا السفر و يعتبر فى ذلك كله الثلث فان كان العبد يخرج كله من ثلث ماله يعتق كله وان لم يخرج كله يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث وان لم يكن له مال سواه يعتق ثلثه و يسعى فى الثلثين للورثة لان هذا كله وصية فلا تنفذ فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة على ما بينا فيما تقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فحكمها وجوب الاعتاق بعد موت الموصى ولا يعتق من غير اعتاق من الوارث أو الوصى أو القاضى والاصل فيه ان كل عتق تأخر عن موت الموصى ولو بساعة لا يثبت ولا يعتق من غير اعتاق كما اذا قال هو حر بعد موتى بساعة أو بأقل أو بأكثر لان غرض الموصى هو عتق العبد بعد الموت والعتق لا بد له من الاعتاق ولا يمكن جعل الموصى معتقا بعد الموت فكان أمرا بالاعتاق دلالة فيعتق الوارث أو الوصى أو القاضى (وأما) الوصية باعتاق نسمة وهى ان يوصى بان يشترى رقبة فتعتق عنه والنسمة اسم لرقبة تشترى للعتق فحكمها حكم وجوب الشراء والاعتاق يعتبر من الثلث ولو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم لم يعتق عنه عند أبى حنيفة وعندهما يعتق عنه بالثلث ولو أوصى بان يحج بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة فانه يحج عنه من حيث يبلغ بالاجماع (وجه) قولهما ان تنفيذ الوصية واجب ما أمكن والتقدير بالمائة لا يقتضى التنفيذ لانه يحتمل انه انما قدر ظنا منه ان ثلث ماله يبلغ ذلك أو رجاء اجازة الورثة فاذا لم يبلغ ذلك أو لم تجز الورثة يجب تنفيذها فيما دون ذلك كما فى الوصية بالحج ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أوصى بعتق عبد يشترى بمائة درهم فلو نفذنا الوصية فى عبد يشترى بخمسين كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوصى له وهذا لان الوصية للعبد فى الحقيقة فهو الموصى له وقد جعل الوصية بعبد موصوف بانه يشترى بمائة والمشترى بدون المائة غير المشترى بمائة فلا يمكن تنفيذ الوصية له بخلاف الوصية بالحج فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ الثلث وعلى هذا اذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بجميع ماله فلم تجز ذلك الورثة لم يشتر به شئ والوصية باطلة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يشترى بالثلث وهذا بناء على المسئلة الاولى وقد ذكرنا وجه القولين والله الموفق (وأما) الوصية بالانفاق على فلان وأوصى بالقرب فحكمها وجوب فعل ما دخل تحت الوصية لانه هكذا أوصى و يعتبر

ذلك كله من الثلث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما تبطل به الوصية فالوصية تبطل بالنص على الابطال وبدلالة الابطال وبالضرورة (أما) النص فنحو ان يقول أبطلت الوصية التى أوصيتها لفلان أو فسختها أو نقضتها فتبطل الا التدبير خاصة فانه لا يبطل بالتنصيص على الابطال مطلقا كان التدبير أو مقيدا الا ان المقيد منه يبطل منه بدلالة الابطال بالتمليك على ما ذكرنا وكذا اذا قال رجعت لان الرجوع عن الوصية ابطال لها فى الحقيقة (وأما) الدلالة والضرورة فعلى نحو ما ذكرنا فى الرجوع وقد ذكرنا ما يكون رجوعا عن الوصية وما لا يكون فيما تقدم وتبطل بجنون الموصى جنونا مطبقا لان الوصية عقد جائز كالوكالة فيكون لبقائه حكم الانشاء كالوكالة فتعتبر أهلية العقد الى وقت الموت كما تعتبر أهلية الامر فى باب الوكالة والجنون المطبق هو ان يمتد شهرا عند أبى يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الوكالة ولو أغمى عليه لا تبطل لان الاغماء لا يزيل العقل ولهذا لم تبطل الوكالة بالاغماء وتبطل بموت الموصى له قبل موت الموصى لان العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن ابقاؤه على غيره وتبطل بهلاك الموصى به اذا كان عينا مشارا اليها لبطلان محل الوصية أعنى محل حكمه ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أو بقائه كما لو أوصى بهذه الجارية أو بهذه الشاة فهلكت الجارية والشاة وهل تبطل الوصية باستثناء كل الموصى به فى كلام متصل اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا تبطل ويبطل الاستثناء وللموصى له جميع ما أوصى له به وقال محمد رحمه الله يصح الاستثناء وتبطل الوصية ولا خلاف فى ان استثناء الكل من الكل فى باب الاقرار باطل ويلزم المقر جميع ما أقر به (وجه) قوله ان الاستثناء ههنا رجوع عما أوصى به والوصية محتملة للرجوع فيحمل على الرجوع وبهذا فارقت الاقرار لان الاقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع فيبطل الاستثناء ويبقى المقر به على حاله ولهما ان هذا ليس باستثناء ولا رجوع فيبطل الاستثناء رأسا وتبقى الوصية صحيحة وبيان ذلك ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا واستخراج بعض الجملة الملفوظة ولا يوجد ذلك فى استثناء الكل من الكل والرجوع فسخ الوصية وابطالها ولا يتصور ذلك فى الكلام المتصل ولهذا اشترطنا لجواز النسخ فى الاحكام الشرعية أن يكون النص الناسخ متراخيا عن المنسوخ والله تعالى أعلم

﴿ كتاب القرض ﴾

الكلام فيه يقع فى مواضع فى بيان ركن القرض وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم القرض (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول والايجاب قول المقرض أقرضتك هذا الشئ أو خذ هذا الشئ قرضا ونحو ذلك والقبول هو ان يقول المستقرض استقرضت أو قبلت أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى وهذا قول محمد رحمه الله وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عن أبى يوسف أخرى ان الركن فيه الايجاب (وأما) القبول فليس بركن حتى لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحنث عند محمد وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى يحنث (وجه) هذه الرواية ان الاقراض اعارة لما نذكر والقبول ليس بركن فى الاعارة (وجه) قول محمد ان الواجب فى ذمة المستقرض مثل المستقرض فلهذا اختص جوازه بما له مثل فاشبه البيع فكان القبول ركنا فيه كما فى البيع وروى عن أبى يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض منه فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث هو الاستقراض وهو طلب القرض كالاستيام فى البيع وهو طلب البيع فاذا استقرض فقد طلب القرض فوجد شرط الحنث فيحنث والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى نفس القرض (أما) الذى يرجع الى المقرض فهو أهليته للتبرع فلا يملكه من لا يملك التبرع من الاب والوصى والصبى والعبد المأذون والمكاتب لان القرض للمال تبرع ألا ترى انه لا يقابله عوض للحال فكان تبرعا للحال فلا يجوز الا ممن يجوز منه التبرع وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع فلا يملكون القرض (وأما) الذى يرجع الى المقرض فمنها

القبض لان القرض هو القطع فى اللغة سمى هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض فكان مأخذ الاسم دليلا على اعتبار هذا الشرط ومنها أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فلا يجوز قرض مالا مثل له من المذروعات والمعدودات المتقاربة لانه لا سبيل الى إيجاب رد العين ولا الى ايجاب رد القيمة لانه يؤدى الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بماله مثل ولا يجوز القرض فى الخبز لا وزنا ولا عدداً عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز عدداً وما قالاه هو القياس لتفاوت فاحش بين خبز وخبز لاختلاف العجن والنضج والخفة والثقل فى الوزن والصغر والكبر فى العدد ولهذا لم يجز السلم فيه بالاجماع فالقرض أولى لان السلم أوسع جوازاً من القرض والقرض أضيق منه ألا ترى انه يجوز السلم فى الثياب ولا يجوز القرض فيها فلما لم يجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض أولى الا ان محمد رحمه الله استحسن فى جوازه عدداً لعرف الناس وعادتهم فى ذلك وترك القياس لتعامل الناس فيه هكذا روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله انه جوز ذلك فانه روى انه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغر أو كبر فقال لا بأس به ويجوز القرض فى الفلوس لانها من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض فلوسا فكسدت فعليه مثلها عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله عليه قيمتها (وجه) قولهما أن الواجب فى باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان ثمنا وقد بطلت الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض رطبا فانقطع عن أيدى الناس أنه يلزمه قيمته لما قلنا كذا هذا ولابى حنيفة ان رد المثل كان واجباً والفائت بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به ألا ترى انه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتداء وان خرج من كونه ثمنا فلان يجوز بقاء القرض فيه أولى لان البقاء أسهل وكذلك الجواب فى الدراهم التى يغلب عليها الغش لانها فى حكم الفلوس وروى عن أبى يوسف انه أنكر استقراض الدراهم المكحلة والمزيفة وكره انفاقها وان كانت تنفق بين الناس لما فى ذلك من ضرورات العامة واذا نهى عنها وكسدت فهى بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جياد فأخذ منه مزيفة أو مكحلة أو زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة جاز فى الحكم لانه يجوز بدون حقه فكان كالحط عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به وان ينفقه وان بين وقت الانفاق لا يخلو عن ضرر العامة بالتلبيس والتدليس قال أبو يوسف كل شىء من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغى أن يقطع و يعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه وهذا الذى ذكره احتساب حسن فى الشريعة ولو استقرض دراهم تجارية فالتقيا فى بلد لا يقدر فيه على التجارية فان كانت تنفق فى ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شاء انتظر مكان الاداء وان شاء أجله قدر المسافة ذاهبا وجائياً واستوثق منه بكفيل وان شاء أخذ القيمة لانها اذا كانت نافقة لم تتغير بقيت فى الذمة كما كانت وكان له الخيار ان شاء لم يرض بالتأخير وأخذ القيمة لما فى التأخير من تأخير حقه وفيه ضرر به كمن عليه الرطب اذا انقطع عن أيدى الناس انه يتخير صاحبه بين التربص والانتظار لوقت الادراك و بين أخذ القيمة لما قالوا كذا هذا وان كان لا ينفق فى ذلك البلد فعليه قيمتها والله تعالى أعلم (وأما) الذى يرجع الى نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يجز نحو ما اذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا أو أقرضه وشرط شرطا له فيه منفعة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قرض جر نفعا ولان الزيادة المشروطة تشبه الربا لانها فضل لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة فى القرض فاما اذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما فلا بأس بذلك لان الربا اسم لزيادة مشروطة فى العقد ولم توجد بل هذا من باب حسن القضاء وانه أمر مندوب اليه قال النبى عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء وقال النبى عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح وعلى هذا تخرج مسئلة السفاتج التى يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بها باسقاط خطر الطريق فتشبه قرضا جر نفعا فان قيل أليس انه روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض باسقاط

خطر الطريق فالجواب أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة فى القرض مطلقاً ثم تكون السفتجة وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله تعالى أعلم والاجل لا يلزم فى القرض سواء كان مشروطاً فى العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون والفرق من وجهين أحدهما أن القرض تبرع ألا يرى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لزم فيه الاجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروط بخلاف الديون والثانى أن القرض يسلك به مسلك العارية والاجل لا يلزم فى العوارى والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أنه لا يخلو اما ان يسلك به مسلك المبادلة وهى تمليك الشئ بمثله أو يسلك به مسلك العارية لا سبيل الى الاول لانه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز فتعين أن يكون عارية فجعل التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وان كان يرد بدله فى الحقيقة وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الاجل فى القرض بحال بان يوصى بان يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم الى سنة فانه ينفذ وصيته و يقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض فى المقرض للحال وثبوت مثله فى ذمة المستقرض للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف فى النوادر لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلك حتى لو أقرض كرا من طعام وقبضه المستقرض ثم انه اشترى الكر الذى عليه بمائة درهم جاز البيع وعلى رواية أبى يوسف لا يجوز لان المقرض باع من المستقرض الكر الذى عليه وليس عليه الكر فكان هذا بيع المعدوم فلم يجز كما لو باعه الكر الذى فى هذا البيت وليس فى البيت كر وجاز فى ظاهر الرواية لانه باع ما فى ذمته فصار كما اذا باعه الكر الذى فى البيت وفى البيت كر وكذلك لو كان الكر المقرض قائما فى يد المستقرض كان المستقرض بالخيار ان شاء دفع اليه هذا الكر وان شاء دفع اليه كرا آخر ولو أراد المقرض أن يأخذ هذا الكر من المستقرض وأراد المستقرض أن يمنعه من ذلك و يعطيه كراً آخر مثله له ذلك فى ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبى يوسف رحمه الله فى النوادر ان لا خيار للمستقرض و يجبر على دفع ذلك الكر اذا طالب به المقرض وعلى هذا فروع ذكرت فى الجامع الكبير (وجه) رواية أبى يوسف ان الاقراض اعارة بدليل انه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما فى سائر المعاوضات وكذا لا يملكه الاب والوصى والعبد المأذون والمكاتب وهؤلاء لا يملكون المعاوضات وكذا اقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وان كان مبادلة لبطل لانه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لان بيع المكيل بمكيل مثله فى الذمة لا يجوز فثبت بهذه الدلائل ان الاقراض اعارة فبقى العين على حكم ملك المقرض (وجه) ظاهر الرواية أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف فى القرض من غير اذن المقرض بيعا وهبة وصدقة وسائر التصرفات واذا تصرف نفذ تصرفه ولا يتوقف على اجازة المقرض وهذه أمارات الملك وكذا مأخذ الاسم دليل عليه فان القرض قطع فى اللغة فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم (وأما) قوله اعارة والاعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين فنعم لكن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قائما مقام قبض المنفعة والمنفعة فى باب الاعارة تملك بالقبض لانها تبرع بتمليك المنفعة فكذا ما هو ملحق بها وهو العين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب والحمد لله وحده ﴿ نص ما وجد فى الاصل المطبوع عليه ﴾

وقع تمام النصف الاخير من كتاب البدائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى تغمده الله تعالى بالرحمة والرضوان على مذهب الامام أبى حنيفة رضى الله عنه الحمد لله الذى وهب التوفيق لاتمام النصف من كتابة الكتاب والصلاة والسلام على خير خلقه سيدنا محمد خير من نطق بالصواب وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين الى يوم الحساب على يد أضعف العباد الفقير الحقير المعترف بالذنب والتقصير الراجى رحمة الله البارى عبد الله بن المرحوم الحاج عبد الرحيم المدعو باللبقى غفر الله له ولوالده ولاخوانه فى خمسة أيام خلت من ذى الحجة سنة ١١٧٠

﴿ يقول المتوسل بصالح السلف . مصححه الفقير عبد الجواد خلف ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

حمداً لمن أبرز (بدائع الصنائع) من حيز العدم وهدى الى (ترتيب الشرائع) بما علم بالقلم وشكراً لما أسدى من جزيل النعماء وجليل العطايا والالاء وصلاة يتدفق بالرحمات المقرونة بالتعظيم ودقها وتحيات يتألق بالبركات المصحوبة بالتكريم برقها على من أنزل عليه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فبين للناس مانزل اليهم وأرشدهم الى مايجب عليهم بأدلة أعجزت البلغاء وأفحمت الفصحاء فتبدلت بنور الهدايه ظلمة الغوايه سيدنا محمد الصادق الامين القائل من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين وعلى آله حماة السنه وحملة الاسنه ﴿ وبعد ﴾ فلما كان علم الفقه من أجل العلوم الشرعيه بعد كتاب الله تعالى والسنة النبويه اذ به معرفة الحلال والحرام وتصحيح العبادة وبيان الاحكام وكان من أعظم ما ألف فيه من الكتب الوحيده بل الدرة اليتيمة الفريده . الكتاب الجليل والسفر الذى ليس له فى بابه مثيل المسمى ﴿ ببدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ﴾ وتالله انه لكتاب كريم ومؤلف فخيم بل هو روضة علم نطقت بيننا بالحق ودوحة فضل لا يعرف قدرها الا القليل من الخلق

فاذا لم تر الهلال فسلم * لاناس رأوه بالابصار

فلقد أتى فى أسلوبه الغريب بالعجب العجيب وبالجملة فهو المليحة الحسناء الغنى عن الاطراء والثناء

وانى وان أكثرت فيه مدائحى * فأ كثر مما قلت ما أنا تارك

وكيف لا يكون كذلك ان لم يكن فوق ذلك وناسج برده وناظم عقده امام البلغاء والفصحاء الملقب بملك العلماء الذى لا يدانيه فى ميدان التحقيق مدانى المولى المحقق علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

لله در مؤلف * جمع الطرائف واللطائف يسعى لكعبة فضله * من كل فج كل طائف

وكان من نعم الله الجسام التى لا تحيط بوصفها الاقلام تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل فقد قام بهذا العمل المبرور والسعى المشكور كل من ذوى الهمم العلية والاخلاق المرضية سعادة الاخ محمد أسعد باشا جابرى زاده وفضيلة الاكرم الحاج مراد أفندى جابرى زاده بلغهما الله الحسنى وزياده وشاركهما فى هذا الصنع الوجيه السعيد أحمد ناجى الجمالى والسيد محمد أمين الخانجى الكتبى وأخيه وفقهم الله الكريم المنان وجزاهم احسان الجزاء وجزاء الاحسان وكان هذا الطبع الحسن الجميل والصنع الفائق الجليل ﴿ بالمطبعة الجمالية العامره ذات الاستعدادات التامة الباهره الكائن مركزها بعطفة التترى بحارة الروم بمصر القاهره ادارة محمد أمين الخانجى وشركائه ـ وأحمد عارف ﴾ أسبغ الله على الجميع جزيل المنن اللطائف وذلك فى شهر شوال سنة ١٣٢٨ من الهجرة النبوية

(فهرست الجزء السابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفة

﴿تمت﴾